

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO



TESIS DOCTORAL

**El derecho eléctrico español en el proceso de creación del mercado
interior de la electricidad en la Unión Europea**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Vicente López-Ibor Mayor

DIRECTOR

Juan de la Cruz Ferrer

Madrid, 2017



TESIS DOCTORAL

**EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL EN EL PROCESO DE
CREACIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ELECTRICIDAD
EN LA UNIÓN EUROPEA**

Vicente López-Ibor Mayor

**Departamento de Derecho Administrativo
FACULTAD DE DERECHO**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

MADRID, 2015

“Come ho fatto? Ho girato l’interruttore e la lampada si è accesa, no? Gran bella cosa, l’elettricità.

Mago Giro registrò nella sua mente questa parola nuova: «L’elettricità: ecco, sarà questa la maga che mi fa concorrenza»”.

Gianni Rodari. *Dieci stori per griocare.*
Einaudi Scuola. Milano. 1990.

*Vicente Aleixandre habló certeramente del "corazón conjugado". Dedico este libro a
Queca Lobato, mi mujer, y a mis hijos Vicente y Laura, inmejorables y auténticos
testigos, de la mayor parte de mis horas dedicadas a este trabajo, desde el espíritu
del verso del gran poeta, con toda gratitud y amor*

Agradecimientos

Quiero que encabecen esta breve relación de agradecimientos mis padres, por haberme inculcado desde pequeño la pasión por los libros, acrecentada con los años, y la dimensión tan enriquecedora e insustituible del saber. Y, por su aliento y comprensión constante hacia todos mis afanes.

A mis maestros en este difícil mundo del derecho y, en nombre de todos, al inolvidable Profesor Eduardo García de Enterría, al que se deben también estudios magistrales sobre el derecho eléctrico español.

A Jorge Vasconcelos, con quien he compartido tantos proyectos, ideas e ilusiones, en el sinuoso camino de realización del mercado único energético.

A los Profesores José María Gimeno, Pedro Rivero Torre y Emiliano García Couso por sus valiosos consejos y orientaciones, acerca de los temas objeto de este trabajo, durante estos años.

A mis alumnos, porque me han obligado a seguir formándome cada día, renovando ilusiones y esfuerzos, más allá de las exigencias profesionales ordinarias.

Un agradecimiento especial debo al Profesor Rafael Gómez-Ferrer Morant, por su generosidad y magisterio. Y, a mi Director de Tesis, el tan querido Profesor Dr. Juan de la Cruz Ferrer, por la calidad de sus orientaciones y enseñanzas, desde un conocimiento profundo de estas materias.

Un agradecimiento especial, también, a África García Poncela, mi secretaria, por su paciente e impecable labor de transcripción, revisión y ordenación de los numerosos borradores de este trabajo, atenta siempre a cada detalle, durante tanto tiempo; y, por su inestimable colaboración y apoyo. Extiendo también, finalmente, mi agradecimiento, a Emilia Schüller y Andrea Alonso-Allende, por su amabilísima disponibilidad, y eficaz apoyo en la presentación de este trabajo.

ÍNDICE

RESUMEN.....	13
ABSTRACT	15
INTRODUCCIÓN.....	17
CAPÍTULO PRIMERO POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO, ENERGÍA ELÉCTRICA Y REGULACIÓN	25
1. LA ENERGÍA COMO BIEN ESENCIAL Y SU SIGNIFICACIÓN PARA LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y EL CRECIMIENTO.	25
2. LA DIMENSIÓN GEOPOLÍTICA DE LA ENERGÍA.	34
3. ESTADO Y REGULACIÓN ELÉCTRICA: UN NUEVO MARCO DE RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD.	43
4. DEL ESTADO PRESTADOR AL ESTADO PROVVISOR.	51
5. EL ESTADO REGULADOR. EL PROCESO DE LAS PRIVATIZACIONES. NOTAS BÁSICAS SOBRE REGULACIÓN. DESREGULACIÓN Y FIGURAS AFINES. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA Y PROCESOS DE LIBERALIZACIÓN (INCIDENCIA SOBRE SU PROYECCIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO-ELÉCTRICO).	86
CAPÍTULO SEGUNDO LA UNIÓN EUROPEA COMO COMUNIDAD DE ENERGÍA. LOS TRATADOS FUNDACIONALES ENERGÉTICOS. EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA. LA ENERGÍA EN LOS TRATADOS DE REFORMA. EL TRATADO DE LISBOA Y LA COOPERACIÓN REFORZADA. POR UNA UNIÓN ENERGÉTICA EUROPEA	120
1. PRINCIPIOS Y BASES DE FORMACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. LA UE COMO COMUNIDAD DE ENERGÍA.	120
2. EL DERECHO ORIGINARIO DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS Y LA ENERGÍA.	130
3. LOS TRATADOS DE ÁMSTERDAM Y NIZA. EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA.	187
4. LA CONSTITUCIÓN Y LA ENERGÍA.	194
5. EL TRATADO DE LISBOA: POLÍTICA COMÚN Y COOPERACIONES REFORZADAS.	196
6. LA UNIÓN ENERGÉTICA EUROPEA: LA INSERCIÓN EFECTIVA DEL MERCADO INTERIOR Y LA POLÍTICA ENERGÉTICA COMÚN.	210
CAPÍTULO TERCERO LAS BASES Y PRINCIPIOS DE CREACIÓN DE UNA POLÍTICA ENERGÉTICA COMUNITARIA Y SU CORRELACIÓN CON EL PROCESO DE CREACIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA.....	217
1. LA POLÍTICA ENERGÉTICA EN EUROPA: ANTECEDENTES. INICIATIVAS Y DIFICULTADES PARA SU INSERCIÓN EN EL TRATADO DE LA UNIÓN. EL LIBRO VERDE SOBRE EL SUMINISTRO DE ENERGÍA. MARCO ESTRATÉGICO PARA LAS POLÍTICAS EN MATERIA DE CLIMA Y ENERGÍA.	217
2. BASES DE ORDENACIÓN DEL MERCADO INTERIOR ELÉCTRICO.	243
3. BASES DE ORDENACIÓN: CONTENIDOS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE EL SECTOR ELÉCTRICO. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y TENDENCIAS DE REFORMA.	265

4. ORGANIZACIÓN DEL MERCADO: DIFERENCIAS DE ESTRUCTURAS NACIONALES. BREVE REFERENCIA AL CASO ALEMÁN, BRITÁNICO, FRANCÉS E ITALIANO.....	278
5. ESTRATEGIA EUROPEA DE LA ENERGÍA.	293

CAPÍTULO CUARTO EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO EUROPEO Y SU EXPRESIÓN EN EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL 310

1. NOTAS INTRODUCTORIAS.....	310
2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO A EFECTOS DE SU INTERPRETACIÓN DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. MERCADO RELEVANTE Y MERCADO GEOGRÁFICO Y SU PROYECCIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO.....	319
3. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES.....	331
4. SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO ENERGÉTICO.	361

CAPÍTULO QUINTO GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL. LA PROGRESIVA ACOMODACIÓN AL ORDENAMIENTO ELÉCTRICO ESPAÑOL DE LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS JURÍDICAS DEL DERECHO ELÉCTRICO EUROPEO. UNA LEY GENERAL DE ENERGÍA 396

1. ANTECEDENTES. EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL: BREVE APUNTE HISTÓRICO. LA REVOLUCIÓN DE LA ELECTRICIDAD EN LA SOCIEDAD DE FINALES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL XX.	397
2. CARÁCTER DE LA PRESENCIA DEL ESTADO EN EL SECTOR: LIBERTAD INDUSTRIAL Y MUNICIPALIZACIÓN. OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL.....	405
3. LA GARANTÍA JURÍDICA DE PRESTACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO Y LA DECLARACIÓN FORMAL DE SERVICIO PÚBLICO DE TITULARIDAD ESTATAL.	412
4. LA COMISIÓN PERMANENTE ESPAÑOLA DE ELECTRICIDAD COMO PRIMERA EXPRESIÓN DE LA CONFORMACIÓN INSTITUCIONAL DEL SECTOR.....	420
5. EL PERÍODO NACIONALIZADOR.	424
6. EL MODELO ESPAÑOL DE AUTORREGULACIÓN O LA CREACIÓN DE UNESA.	430
7. LA PROGRESIVA INTENSIFICACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES DEL PODER DE REGLAMENTACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS DEL SECTOR.....	437
8. LOS ANTECEDENTES PRÓXIMOS DE LA LIBERALIZACIÓN EUROPEA Y LA ACOMODACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA LOSEN Y EL PROTOCOLO ELÉCTRICO. PRIMER ENSAYO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.	445
9. EL PROTOCOLO ELÉCTRICO.	452
10. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: CONSIDERACIONES INICIALES.....	455
11. LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA: LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE REGULACIÓN QUE INCORPORA LA LEY 54/1997 DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO.	470
12. LA PROFUNDIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE REGULACIÓN EN LAS SUCESIVAS NORMAS DE SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL.....	489

13. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE REGULACIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY GENERAL DE LA ENERGÍA.	581
---	-----

CAPÍTULO SEXTO LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL PROCESO LIBERALIZADOR ELÉCTRICO: FUNDAMENTO, NATURALEZA Y TIPOLOGÍA DE LAS AGENCIAS REGULADORAS. SU MANIFESTACIÓN EN EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL: DE LA CSEN Y LA CNE A LA CNMC. EL CONSEJO EUROPEO DE REGULADORES DE ENERGÍA Y EL ERGEG. LA ACER: ¿UN REGULADOR EUROPEO, DE CARÁCTER FEDERAL, EN EL ÁMBITO ENERGÉTICO?	592
---	------------

1. FUNDAMENTO, NATURALEZA Y TIPOLOGÍA DE LAS AGENCIAS REGULADORAS.....	592
2. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA.	624
3. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.	652
4. EL CONSEJO EUROPEO DE REGULADORES DE ENERGÍA: ¿UNA AGENCIA FEDERAL DE LA ENERGÍA EN LA UE?	659

CAPÍTULO SÉPTIMO CONCLUSIONES GENERALES	676
--	------------

BIBLIOGRAFÍA	685
---------------------------	------------

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil de 1889
CEE	Comunidad Económica Europea
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
Cir.	Circular
CTC	Costes de Transición a la Competencia
D.	Decreto
Dec.	Decisión
Dir.	Directiva
Disp. adic.	Disposición adicional
Disp. derog.	Disposición derogatoria
Disp. final	Disposición final
Disp. transit.	Disposición transitoria
Decreto-ley	Decreto-ley
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EEE	Espacio Económico Europeo
EURATOM	Comunidad Europea de la Energía Atómica
RCL	Repertorio Cronológico Legislación
RD	Real Decreto
RD leg.	Real Decreto legislativo
Res.	Resolución
LEU	Ley de Explotación Unificada de 1984
LOSEN	Ley de ordenación del sector eléctrico de 1994
LSE	Ley del Sector eléctrico de 1997
LSH	Ley del sector de los Hidrocarburos de 1998
RJ	Repertorio Jurisprudencia Aranzadi
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCEE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea

RESUMEN

La energía es un sector económico esencial. Su regulación jurídica moderna es en los Estados miembros de la Unión Europea tributaria de los principios y evolución del Derecho europeo y su grado necesario de incardinación a nivel nacional.

Los fundamentos, principios y técnicas de regulación que derivan del Derecho comunitario han constituido las piezas de transformación del Derecho eléctrico español, a través principalmente de la elaboración de sus normas de cabecera comunitarias que definen el proceso de creación del mercado interior de la energía en su vertiente eléctrica.

Los fundamentos del Derecho europeo se expresan en su Derecho originario que explica sus bases de creación y alberga sus principios rectores en el orden económico, junto a las libertades de circulación que incorporan el proceso de integración comunitario, además de la jurisprudencia europea esencial para la formación del Derecho europeo. A partir de la adopción del Acta Única Europea, los paquetes de liberalización o apertura a la competencia sectorial de ámbitos estratégicos como el sector eléctrico, se van conformando hasta modificar sustancialmente los derechos energéticos nacionales armonizándolos en principios y técnicas a escala europea. Los ejes vertebradores de este diseño son las libertades de entrada y salida del sector, las obligaciones de servicio público y universal incorporadas en el marco y como contenido de los servicios económicos de interés general, expresión comunitaria de la moderna delimitación de los servicios públicos económicos en razón de su orientación a la libre competencia; el acceso de terceros operadores a las redes o infraestructuras eléctricas de las que no son propietarios ni titulares, y la separación de actividades industriales y comerciales por razones de regulación y transparencia. Todo ello es recogido y desarrollado gradualmente en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales y, en el caso español, constituye las bases de creación, implementación y desenvolvimiento de un nuevo Derecho eléctrico.

Este trabajo analiza, por ello, los fundamentos del Derecho europeo y su impacto en la regulación eléctrica, pero subraya muy especialmente los elementos que han definido y permitido avanzar al mercado interior de la energía.

Desde la perspectiva general o de los Tratados, el vigente Tratado de la Unión Europea o de Lisboa consagra una política energética imprescindible en su correlación con el mercado interior eléctrico y, en el momento presente, se progresa hacia una Unión Energética en los términos que se expresan en nuestro estudio que reclama mayor integración, de corte ya cuasi federal, apelando a la necesidad de infraestructuras integradas, mercados únicos con señal de precio explícita europea y regulador único a nivel europeo con competencias reforzadas.

Desde la perspectiva del Derecho secundario proponemos una Directiva-Marco sobre el mercado interior de la energía que fije los principios generales de ordenación de todo el sector y consolide los textos subsectoriales existentes.

En el ámbito nacional, el proceso normativo antes descrito se debería canalizar mediante una Ley General de Energía, que importe las categorías comunitarias y, en razón del principio de subsidiariedad, las encaje en los términos que proponemos en nuestro trabajo.

ABSTRACT

Energy is an essential economic sector. Its modern legal regulation, in the Member States of the European Union, contributes to the principles and evolution of European Law and its necessary degree of incardination on a national level.

The regulation foundations, principles and techniques that result from Community law have constituted the components of the transformation of the Spanish electric power law, primarily through the development of its community standards which define the process of creating the internal energy market, in its electrical aspect.

The European law foundations are expressed in the Primary law that explains the bases of its creation and harbors its guiding principles in the economic order, with the freedoms of movement that incorporate the community integration process, and also the essential European jurisprudence for the shaping of the European law. Since the adoption of the Single European Act, liberalization packages or the aperture to the sectorial competition of strategic fields like the power industry, set up until substantially modifying the national energy rights harmonizing them in principles and techniques at European scale. The main axis of this plan is the freedom of entrance and exit into the sector, the public and universal service commitments incorporated in the framework and as part of the general interest economic services, community expression of the economic public service modern delimitation due to its focus on free competition; the access of third party operators to the power lines and infrastructures of which they are not either owners or holders, and the division of industrial and commercial activities for regulation and transparency reasons. All this is gathered and developed gradually in the national legal system framework and, in the case of Spain, it constitutes the basis for the creation, implementation and performance of a new Electric Power Law.

This essay reviews the European law foundations and its impact in electric regulation, but especially highlights the elements that have defined and allowed to progress the internal energy market.

From the general or Treaty perspective, the current Treaty on European Union or Treaty of Lisbon enshrines an indispensable energy policy in its correlation with the internal electric power market and, in this moment, we are moving forward to an Energetic Union in the terms expressed in our study claiming greater integration, of an almost quasi-federal nature, referring to the need of integrated infrastructure, single markets with an explicit European price signal and a single European regulator with increased competences.

From the secondary law point of view we want to propose a Directive-Framework on internal energy market that sets the general standards of management of the whole sector and that would reinforce the existing sub-sectorial texts.

In the national scope, the previously explained legislative process should be channeled through a General Law of Energy, importing the community categories and, due to the subsidiarity principle, fitting them in the terms proposed in this essay.

INTRODUCCIÓN

Este libro es el resultado del estudio, análisis y valoración del proceso de liberalización eléctrica, llevado a cabo durante muchos años, y de las experiencias profesionales vividas en el ámbito del sector, tanto en la esfera privada como pública, en España y las instituciones europeas.

El trabajo tiene por núcleo central analizar la transformación operada en los principios y técnicas de regulación del Derecho eléctrico español sobre la base de la creación y realización de su homólogo comunitario Europeo. Para ello, ha sido preciso indagar en el desarrollo de las razones que han fundamentado este momento liberalizador, sus apoyaturas y referencias históricas más relevantes, las directrices centrales del proceso, las líneas de orientación y la evolución de las medidas normativas adoptadas, así como la forma, el sentido y alcance de la traslación de las mismas al ordenamiento jurídico español.

El sector eléctrico es una de las piezas centrales del sistema económico productivo y representa el vector esencial e indispensable de transformación de las energías primarias en procesos y productos industriales y comerciales. Su regulación debe partir del reconocimiento de que la electricidad no es una mercancía ordinaria, sino un bien esencial, al que la universalidad de los ciudadanos deben tener un derecho básico de acceso y uso. Por consiguiente, nos encontraremos en el marco de una reflexión novedosa desde la perspectiva jurídica, cual es el encaje de producto que a su vez configura y debe atender obligaciones de interés general. Tal reflexión no corresponde sólo al sector eléctrico, sino a un reducido número de industrias de red de especial importancia social, como las telecomunicaciones, ciertos campos de las infraestructuras y sus mecanismos de financiación, o el transporte. Otros sectores, como el medio ambiente industrial, el suministro y distribución de agua o los servicios postales, comparten también algunos datos característicos referidos con los anteriores, aunque se separan en otros aspectos.

El Estudio se inicia con una reflexión sobre el significado de la energía eléctrica desde la perspectiva de la definición y encaje de las políticas públicas y la regulación. De la energía eléctrica como cuestión de Estado, en la medida en que al ser un producto imprescindible para los ciudadanos, un bien esencial, la ordenación de la estructura jurídica a través de la

cual se hace posible la organización del sector, la prestación de su servicio, la provisión del suministro y la entrega del producto eléctrico al consumidor final, debe tener detenidamente en cuenta estos factores. Situaremos este problema en un marco histórico definido: por una parte, el del nacimiento de la industria eléctrica y su evolución histórica, y de otra, de manera especial, los acontecimientos históricos y jurídicos que tienen lugar tras la Segunda Guerra Mundial, con la puesta en marcha del Estado de Bienestar, que va reservando amplias parcelas de poder económico a los poderes públicos, para tratar de explicar más adelante cómo este proceso va cambiando, en razón de las ineficiencias demostradas en distintas parcelas de la actividad económica, y se acomete la reforma económica del Estado de Bienestar y con ella de la organización y funcionamiento de determinados sectores económicos esenciales, como la electricidad.

Asimismo, abordaremos las causas y significado de los movimientos privatizadores y apertura a la competencia que han tenido lugar en Europa occidental desde mediados de los años ochenta, y la relación de los fenómenos antedichos en un progresivo pero difícil contexto de globalización económica, contrapesada por otras corrientes de mayor regionalización o concentración de la acción económica en espacios transnacionales definidos, como el caso de la Unión Europea, donde se transfieren competencias de los Estados miembros a una Entidad superior, pero, al mismo tiempo, se debe respetar el principio de subsidiariedad en la atribución de misiones y funciones concretas, para hacer compatible la integración en un espacio económico superior con la eficacia en la acción y distribución económica a través de los distintos ámbitos de poder y decisión estatales.

A continuación se aborda el papel que la Energía ha tenido en la construcción comunitaria. Papel central, tanto desde el punto de vista de su concreción histórica, como en su vertiente económica.

Entendemos indispensable situar el proceso de creación comunitaria para entender hasta qué punto la energía ha jugado un papel esencial en ello. Y al mismo tiempo, dicho ejercicio nos habilita a explicar el contenido material de los Tratados fundamentales europeos, haciendo especial hincapié en la vertiente energética, y con ello profundizar en los fundamentos de la estructura jurídica europea. Una estructura original e innovadora desde el punto de vista institucional y jurídico, a la que la energía ha contribuido muy especialmente.

En primer término, sirviendo de base material para la plasmación de los objetivos europeos de paz y estabilidad e instrumentales de integración funcional. El Tratado CECA responde precisamente, dando pleno sentido a ese doble propósito. Pero inmediatamente después, cuando Europa culmina su proyecto inicial con el Tratado de la Comunidad Económica Europea y el Tratado Euratom, una naciente política común de abastecimiento de uranio sirve como palanca de acción para la representación jurídica de un Tratado cuyo fin era la estabilidad y crecimiento económico y articular la primera política industrial europea, de claro acento energético. Ello nos permite confirmar con rigor que la Unión Europea es, por razones políticas, históricas y jurídicas, una Comunidad de Energía, ya que el grado de participación que dicho sector ha tenido en la primera conformación, la fundacional, del Derecho originario, está fuera de cuestión. Pero abordaremos también, el desarrollo ulterior de ambos Tratados fundacionales de contenido energético, hasta la extinción en un caso, el del Tratado CECA, de conformidad con las previsiones que el mismo estableciera en 1951. Y, veremos también cómo ha tenido lugar la acomodación del Tratado Euratom en los textos ulteriores y, particularmente, en el actual Tratado de la Unión.

Nos ocuparemos igualmente, de conocer cuál ha sido el encaje que la energía ha tenido en los Tratados de reforma de Maastricht, Ámsterdam y Niza, así como en el proyecto fallido de Constitución europea. Dejaremos para un capítulo ulterior el detenido análisis del Acta Única Europea y su consecuencia indirecta pero principal, en el sector energético, como fue la Comunicación de 1988 y los paquetes legislativos de apertura a la competencia que han transformado la orientación y claves de interpretación de los sectores eléctrico y gasista europeos, cuando menos desde el ángulo jurídico.

Con estudio de los Tratados de reforma de Roma, desde la perspectiva jurídica, alcanzaremos el análisis de los tratados actuales, de la Unión y de “Funcionamiento de la Unión”, donde nos detendremos, en particular, en su aportación más notable como es el esperado reconocimiento de una política común de la energía, fundada en un “espíritu de solidaridad”, y cuya primera “aspiración” no es otra que “asegurar la realización del mercado interior de la electricidad”. También nos ocuparemos de la dimensión exterior de la energía, no sin antes repasar el significado en el sector, del procedimiento de cooperación

reforzada, instituido en el tratado de Ámsterdam, pero que deberá ofrecer su verdadera medida en el marco jurídico de los textos vigentes.

En cuanto a los mecanismos de cooperación exterior, concedemos especial relevancia al Tratado de la Carta Europea de la energía, cuya naturaleza, contenido, conexión con “el acervo comunitario”, y claves jurisdiccionales, sin olvidar otras manifestaciones jurídicas importantes en esta materia, como la denominada un tanto equívocamente, Comunidad Europea de Energía. Por último, subrayamos el proyecto actual de creación de una Unión Energética, que aúne eficazmente los principios de una política energética reforzada competencialmente y los objetivos y realización del mercado interior único. Entendemos que este proyecto es crucial para el futuro energético y económico de la Unión Europea y reclama su inserción, con Título propio, en una próxima reforma del TUE.

Política energética y mercado interior son dos caras de la misma moneda. Elementos indisociables de una misma realidad, aunque desacompañados jurídicamente en la historia jurídica comunitaria.

Con la excepción antedicha, la política europea de la energía no se materializará constitucionalmente hasta el Tratado de la Unión de Lisboa, mientras que el mercado interior energético se asocia, con cierto retraso, al proceso del Acta Única, para ir hilvanando normas jurídicas que servirán de cabeceras normativas de transposición e interpretación de las nuevas leyes nacionales que regulan el sector eléctrico.

Veremos así las piezas que anudan la correlación entre política energética y mercado interior, desde las primeras etapas hasta sus actuales posibilidades de desarrollo a través del procedimiento de cooperación reforzada o sus manifestaciones en el ámbito de la cooperación internacional, que define instrumentos propios como el Tratado de la Carta Europea, pero con clara inspiración, en sus fundamentos jurídicos, en el acervo europeo.

Las bases del mercado interior de la electricidad se sientan ya en la primera de sus Directivas liberalizadoras que apunta tanto los principios que informarán, desde entonces todo su desarrollo, hasta las técnicas de regulación que le sirven de apoyo, en las que destacan el “acceso de terceros a la red”, o dicho en otros términos el pleno disfrute de la

red y sus disponibilidades técnicas y comerciales, de quien no es propietario o titular de la misma , pero a quien se concede su derecho de uso, y el principio ya tradicional en la regulación de estos sectores de separación de actividades. Junto al estudio de los aspectos centrales de estas normas que arrojan las claves del marco de liberalización eléctrica europea, nos aproximaremos al Derecho eléctrico comparado, viendo cómo y en qué medida algunos países han acometido este fundamental proceso de reforma.

El Derecho de la Competencia es otra de las manifestaciones esenciales en el nuevo Derecho eléctrico que revela, asimismo, su singularidad. Una mercancía que atiende, a su vez, un servicio esencial. El estudio, pues, de las características propias del Derecho de la Competencia y su proyección en el Derecho eléctrico, de una parte, y la evolución del concepto de servicio público hacia los servicios económicos de interés general, cuya misión se inscribe en el marco general de la política de la competencia pero preservando obligaciones de interés general, de otra, se hace, igualmente, imprescindible, para entender la “esencialidad” jurídica del servicio económico de interés general eléctrico. Para ello resulta inevitable ahondar en el carácter de los servicios de interés económico general, reconocidos hoy ya en el Tratado de la Unión no sólo como una forma de calificación de ciertos bienes esenciales que se proveen a través de industrias de red y operadores comerciales, y una excepción debidamente tasada a la aplicación de las normas comunitarias de la competencia, sino como uno de los “valores” de la Unión, proclamado en su preámbulo, al igual que, entre otros pocos , “el desarrollo sostenible”.

Un punto central de nuestro análisis nos conduce a la reconfiguración de nuestro Derecho eléctrico sobre nuevas bases de regulación, las que define el Derecho europeo. Principios, como el de transparencia, competencia, prestación obligatoria del suministro o defensa medio ambiental y técnicas de regulación, como el acceso de terceros y la separación de actividades, asociados al proceso de liberalización eléctrica europea y recogidos en los sucesivos paquetes normativos de Directivas y normas de desarrollo, pero antes habríamos explicado las raíces que permitieron desplegar, desde finales del siglo diecinueve un Derecho eléctrico en España, y los títulos jurídicos en que se ha ido apoyando su construcción, hasta las reformas liberalizadoras promovidas por el legislador europeo y su forma de acomodación en nuestro ordenamiento, y alcance de la misma. Sirva a estos efectos destacar, que el grado de influencia y penetración de los principios y técnicas de

regulación del Derecho eléctrico, y por ende, energético, europeo sobre el nacional es tan elevado, que su construcción dogmática básica debería servir de referencia para elaborar una norma codificadora europea, una suerte de Directiva-Marco de la energía, de la que un pilar central sería la ordenación del sector eléctrico. Y en el mismo sentido, en paso ulterior cabría plantear una Ley General de la Energía de carácter interno o nacional, inspirada en su diseño o estructura, notas y compromisos jurídicos fundamentales, en el antecedente comunitario. A tal efecto se analizan los principales bloques normativos adoptados en la legislación española en este último período, en consonancia con los principios y técnicas de regulación del Derecho europeo.

Finalmente, descansamos nuestro análisis en la dimensión institucional de este derecho, que se revela en las Agencias Independientes de Regulación sectorial, en este caso energético tanto en España, como en el marco comunitario. A tal fin, repasaremos los orígenes de esta figura que se expresan en la sociedad y desarrollo legislativo norteamericano, desde un triple ámbito, el de las decisiones jurisprudenciales, el de las iniciativas federales y el de la normativa estatal. Haremos en tal sentido el ejercicio de dar cuenta cuándo y con qué poderes y competencias nacen las distintas autoridades de regulación en la gran nación norteamericana y cómo casi un siglo más tarde se recoge, sin especiales modificaciones en cuanto a su naturaleza y potestades, la figura institucional en la Unión Europea, y en todos sus Estados miembros, cuyas figuras, en sus líneas principales, repasaremos.

Nos aproximaremos pues, a la dimensión institucional del marco de creación del mercado interior eléctrico, a sus nuevas formas de Gobernanza. En tal sentido, examinaremos tanto las notas que caracterizan al actual regulador español, como a la Agencia de Cooperación europea, posible embrión, a nuestro entender, de una verdadera Agencia Europea de la Energía, como auténtico regulador sectorial en la esfera del sector energético.

Desde la perspectiva metodológica, nuestro Estudio ha tomado como referencias las principales fuentes del Derecho comunitario y su proyección sobre el Derecho energético. Tanto Derecho primario como derivado y secundario. Y su desarrollo normativo, así como la doctrina y marco jurisprudencial de apoyo. En el mismo sentido se ha abordado, aplicando técnicas y metodologías equivalentes en el bloque normativo del Derecho energético español. A tal efecto, y deducido de las herramientas de investigación utilizadas,

se pretende subrayar la conexión entre ambos marcos legislativos y el grado de dependencia sustantiva en cuanto a la novación gradual de sus principios y técnicas de regulación del Derecho eléctrico español en razón de la progresiva emergencia, construcción y materialización del Derecho energético europeo y el mercado interior único sectorial.

CAPÍTULO PRIMERO

POLÍTICAS PÚBLICAS, ESTADO, ENERGÍA ELÉCTRICA Y REGULACIÓN

1. LA ENERGÍA COMO BIEN ESENCIAL Y SU SIGNIFICACIÓN PARA LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y EL CRECIMIENTO.

La energía, como el agua, es uno de los bienes esenciales de la vida humana y el desarrollo social. Sin energía disponible no cabe asegurar el equilibrio y avance de los sistemas sociales, así como el crecimiento y progreso económico¹. Sin energía no hay progreso, o bien su desarrollo queda gravemente limitado o su coste social resulta a medio plazo insostenible. Además, la energía y sus procesos derivados incide en multitud de actividades, servicios, productos y sectores, desde la alimentación hasta las condiciones de confort térmicas domésticas, desde la calefacción y el agua caliente al aire acondicionado, de la electrónica, y los ordenadores, al tratamiento de residuos y a todo tipo de relaciones técnicas vinculadas tanto con los elementos propios de la sociedad post industrial como la denominada “terciarización” de la economía. Así pues, la energía no sólo está en el centro de la producción industrial, y su presencia es inexcusable en infinidad de procesos tecnológicos y comerciales, y en la existencia, actuación y multiplicación de toda suerte de redes industriales y de información y comunicación², sino que su disponibilidad y uso nos confronta a considerar algunos de los problemas más importantes de la vida social³ y estilos de vida⁴.

¹ Ninguna economía moderna, afirma [por todos] O. NORENG en « El poder del petróleo ». Ed. El Ateneo. Buenos Aires. 2003, puede funcionar sin una provisión regular de energía comercial. El crecimiento económico requiere de energía, además de capital y trabajo.

² Según JAMES LOVELOCK, en « La Venganza de la Tierra ». Ed. Planeta. Barcelona, 2007, “es cierto que gran parte de la energía que usamos procede directamente de combustibles fósiles. En transporte utilizamos casi un tercio de ella, otro uso básico es la calefacción doméstica, el resto va a fabricantes de acero, cemento, plástico y todo tipo de componentes químicos. Aun así, es imprescindible y vital un suministro continuo e ininterrumpido de energía eléctrica: es lo que sostiene e impulsa el sistema nervioso de nuestra civilización. Una ciudad del siglo XXI a la que se privara de electricidad degeneraría en pocas semanas hasta convertirse en una especie de campo de refugiados que albergara a millones de hambrientos y penosamente incómodos inquilinos.

³ Ver MORÍN, EDGAR: «L’an I de l’ère écologique». Tallandir. París, 2007. Sostiene con claridad que “la energía nos plantea no sólo de forma directa los problemas técnicos y económicos, sino también indirectamente los problemas del transporte, del habitat, de la producción, del consumo, de la ciudad, del modo de vida”.

⁴ La misma idea, expresada por E. Morin, es sostenida por Jean-Christophe Victor (“*Le Dessous des Cartes*”). Atlas Geopolitique. Arte Editions. París, 2006), si bien señalando explícitamente que en 2005, el 5%

Como materia prima, como recurso, pero también como vector de transformación de aquélla a través de la electricidad, la energía se manifiesta como un actor contemporáneo de primer orden en las comunidades humanas.

La energía, bien imprescindible, es también bien escaso y generalmente a precios elevados y, por ello, quien posea y use adecuadamente esta fuente de poder y riqueza está en condiciones de ordenar de manera certera crecimiento y progreso material. O dicho en otros términos, las sociedades que acierten en la formulación de su modelo energético dispondrán de mejores capacidades a la hora de utilizar esta “palanca” industrial y tecnológica, como instrumento necesario de dinamismo y beneficios en el orden económico y social. El buen uso energético permite asegurar el desarrollo y en las sociedades avanzadas la seguridad y el crecimiento económico.

Crecimiento y seguridad son, pues, la palabras que abarca la esencia de las sociedades modernas de gran consumo energético. El aumento de la producción de energía permite el crecimiento de las ciudades y de la población; la mejora de la productividad agrícola e industrial, el fortalecimiento de la economía, el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicaciones y el aumento de la riqueza; la generalización de los viajes y de los flujos de información⁵, así como otros aspectos de orden distinto. Pero también, no lo olvidemos, la energía debe buscar su compatibilidad necesaria y no desordenada con el desgaste ambiental de la naturaleza⁶, y los riesgos crecientes que amenazan su protección⁷.

del petróleo extraído se utilizó para producir electricidad en los países industrializados (OCDE), frente a un 54% destinado a los transportes (aviones, automóviles, etc.).

⁵ Ver SMIL, VACLAR : « Energy at the Crossroads».

Por ello el crecimiento debe acompañarse de una previsión razonable de sus efectos económicos y ambientales sobre el entorno. No hay crecimiento válido si no contiene las suficientes cautelas para promover y facilitar la sostenibilidad de sus efectos sobre el entorno - ha afirmado CLAUDE ALLÉGRE, en su libro de diálogos con DENIS JEAMBAR titulado « Le déf: du monde ». Ed. Fayard. París. 2006, destaca también la significación del principio de prevención, y lo hace en los términos siguientes: “Todos hablamos mucho del principio de precaución, pero ignoramos de forma suprema un principio claramente útil y fácil de aplicar, el principio de prevención, que permite prever razonablemente el futuro”.

⁶ Ver OYSTEIN, NOREG: “*El poder del petróleo*”. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 2003.

⁷ El efecto más visible y extendido en su valoración es el derivado del denominado “Cambio climático”, como tendremos ocasión de referir en varios momentos de este trabajo, pero naturalmente no es ni mucho menos el único.

Por todo lo anterior, sabemos bien ahora hasta qué punto el desarrollo de la Humanidad en los últimos dos siglos ha observado una transformación material tan sobresaliente. Y en la etiología de este cambio espectacular se encuentra junto a la voluntad indispensable y la capacidad de aprehensión de las realidades técnicas que tiene la persona humana, la irrupción de determinadas fuentes energéticas y su uso masivo en grandes áreas de la escena internacional. Desde el inicio de la Revolución Industrial, como recuerda D. Noreng, el crecimiento económico es en gran medida sinónimo de una mayor utilización de energía, por lo general a precios reales decrecientes. En el siglo XIX fue la Revolución Industrial verdaderamente posible, en gran medida por el aprovisionamiento y uso del carbón y la tecnología que hizo posible la máquina de vapor y con ello el desarrollo de la época del ferrocarril para el transporte de personas y mercancías. En el siglo XX un incremento de la oferta de electricidad y petróleo a precios reales también decrecientes, facilitó los estadios subsiguientes del desarrollo industrial. En el siglo XXI la pujanza de la electricidad y del gas natural es notable, pero permanece el petróleo aún como primera fuente energética. La energía ha contribuido, de manera destacada, a cambiar la realidad de muchos países en los dos últimos siglos, y con ello ha marcado también, en medida no desdeñable, el debate económico y social. Pero junto a ello ha puesto también de relieve la existencia de conflictos, injusticias, desórdenes y desequilibrios en el concierto de las naciones, en la dialéctica internacional, que es preciso tomar debidamente en consideración⁸, desde distintas perspectivas intelectuales⁹.

En todo caso, cada vez va adquiriendo mayor aceptación político-social sobre la base de los fundamentos técnicos y científicos aportados, que el aumento de la temperatura media del planeta es un riesgo para muchos aspectos de los ecosistemas de la Tierra. Consideramos, entre otros muchos trabajos y aportaciones, que los artículos publicados en el Herald Tribune, por Vaclar Havel “*The planet is not at risk. We are*” (28 de septiembre de 2008), son suficientemente expresivos de ese nuevo estado de concienciación pública en esta materia, apelando a una dimensión ética, a la hora de abordar, también, este trascendental problema.

⁸ Proyectado al comienzo del siglo XXI el análisis del sistema internacional, se han avanzado algunas formulaciones analíticas y polémicas. Así el debate de las “civilizaciones”. El sistema internacional del siglo XXI – ha afirmado HENRY KISSINGER: « Diplomacy ». Ed. Simon & Schuster. Nueva Cork, 1994. “Incluirá al menos, seis grandes potencias, los Estados Unidos, Europa, China, Japón y, probablemente, la India”.

⁹ Ver SAMUEL P. HUNTINGTON: « El Choque de las civilizaciones ». Ed. Paidós. Buenos Aires. 1996. Recogiendo la consideración de Kissinger llama la atención sobre el hecho de que aquellas seis grandes potencias “pertenecen a cinco civilizaciones diferentes y además hay importantes Estados islámicos cuya

Desde el punto de vista demográfico, los avances científicos sumados a unas mejores condiciones vitales en el orden material, han generado un considerable aumento de las expectativas y el aumento de la esperanza de la vida humana. Así, el explosivo crecimiento demográfico operado en los doscientos cincuenta últimos años de la Historia, en el que la población mundial ha pasado de mil a seis mil millones de personas, sólo ha sido posible atenderlo, desde la perspectiva económica, por virtud de la puesta a disposición de nuevas y más capaces fuentes energéticas. En concreto por la emergencia del petróleo, el uso sostenido del carbón y la irrupción del gas y la electricidad a finales del siglo diecinueve.

Desde 1900 el consumo de la energía de la Humanidad se ha multiplicado por 30 y desde 1.850 por más de 150. En dos siglos, la población humana se ha multiplicado por siete –por más de cuatro desde 1900 y la renta real ha crecido por un factor de 25 y el consumo de energía primaria por un factor de 22,5-y la presión humana sobre el medio ambiente por 100. De 1800 a 2000 la esperanza de vida de los occidentales ha pasado de 25 a 70 años.

Entre 1850 y 1948 el crecimiento medio del PIB global fue aproximadamente un 1,7% anual, y la población mundial pasó de 1.000 a 2,500 millones de personas. La electricidad se expandió rápidamente y hubo un fuerte desarrollo científico. De 1949 a 1973 la población creció rápidamente, alcanzando los 4.000 millones de habitantes, y el PIB, -debido en gran parte al uso masivo de las nuevas tecnologías y aplicaciones energéticas- creció de forma espectacular hasta el 5% anual y el suministro de energía primaria se expandió aumentando la dependencia petrolífera, hasta que en 1973 tuvo lugar la primera gran crisis energética y con ella el primer anuncio del fin de la energía ilimitada y barata¹⁰.

En el momento actual y en el futuro, sin embargo, la confluencia de mayor demanda y menor expectativa de producción con relación a dichas crecientes necesidades, -aumento de la población orden de 9.000 millones de habitantes en el año 2050- puede hacer que el

posición estratégica, gran número de habitantes y/o recursos petrolíferos les convierten en influyentes en los asuntos mundiales”.

¹⁰ Ver: Mensaje del Consejo Mundial de la Energía 2004.

acceso a las fuentes de energía constituya, en el siglo actual, un factor de desestabilización y de enfrentamientos¹¹. De serias y difíciles de analizar y resolver tensiones internacionales¹².

Por todo ello es preciso encontrar fuentes masivas de energía que garanticen un suministro seguro, con unos costes razonables y respetuosos con el medio ambiente. Debe tenerse en cuenta que si continúan las actuales políticas y modelos energéticos, las necesidades a nivel mundial de aprovisionamientos energéticos será un 60% más altos en el año 2030 que en el momento actual. Los combustibles fósiles continuarán teniendo la presencia más significativa en el balance energético, y las aportaciones de otro tipo de recursos, como la energía nuclear o las renovables –que observarán el crecimiento relativo más importante alcanzando en el período 2010-2030 el 8,2% del total- no llegarán a alcanzar cotas especialmente relevantes en el conjunto internacional. En estas condiciones, el disponer de un conjunto diversificado de fuentes de energía y con distintos suministradores es un elemento indispensable para una garantía de suministro adecuada.

Analizar la realidad energética exige conocer sus fuentes, es decir, saber desde cuándo y cómo surgen y se producen determinadas materias primas energéticas, cuáles son sus verdaderas condiciones de uso y disponibilidad, cuáles sus reales posibilidades en función, en ocasiones, del perímetro físico que delimitemos, de las decisiones políticas que en cada caso se consideren y del modelo económico-energético por el que se opte, en nuestro caso,

¹¹ Los países en los que, la tasa de crecimiento de la población será mayor serán Pakistán, Yemen, Etiopía, Nigeria, Mali, Níger, Uganda, Madagascar, Afganistán, Burundi, etc., es decir, algunos de los más pobres del planeta. También crecerán las poblaciones de India, China, Turquía, Brasil o México, aunque a tasas inferiores, del orden del 1% de promedio anual; se estabilizarán poblaciones europeas como la francesa o la británica, y tenderá a decrecer la población de Rusia. Al crecimiento señalado de la población se une el de su envejecimiento. Se estima que en el año 2050 una persona de cada tres en los países desarrollados tendrá más de 60 años, y una de cada cinco en los países en vías de desarrollo.

¹² Ver en su prólogo al libro de JAMES LOVELOCK: « La Venganza de la Tierra», CRISPIN TICKELL (promotor de la creación, en 1989 del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, nacido bajo el patrocinio de la Organización Mundial de Meteorología -WMO- y del programa Medioambiental de Naciones Unidas -UNEP-) afirma que “ al contemplar el ecosistema global como un todo, el crecimiento de la población humana, la degradación de la tierra, el agotamiento de los recursos, la acumulación de desechos, la polución de todo tipo, los cambios climáticos, los abusos de la tecnología y la destrucción de la biodiversidad en todas sus formas, constituyen una amenaza sin par para el bienestar de los humanos, una amenaza a la que generaciones anteriores no hubieron de enfrentarse”.

como veremos, orientado hacia el acceso al mercado y la competencia¹³, sin perjuicio de las competencias publicas de supervisión. Y debemos, también, ser conscientes de que sobre esa realidad operan fuerzas externas y decisiones internas. Es decir, es una realidad claramente dinámica sobre la que inciden factores exógenos y endógenos. Los Estados Unidos, por ejemplo, producían el doble de petróleo que el resto del mundo tras la Segunda Guerra Mundial, pero en 1970 llegó a ser importador nato y hoy importa el 57% de su petróleo, aunque desde 2010 empieza a emerger una nueva realidad energética, el shale gas y shale oil, capaz de transformar a futuro la ecuación. La incidencia de esa “nueva realidad” en el marco de las relaciones internacionales y la geopolítica de la energía parece incuestionable.

Es evidente que aunque los hidrocarburos permanecen en la Tierra desde hace muchos siglos, el desarrollo tecnológico y la capacidad industrial para activar comercialmente su uso sólo ha tenido lugar progresivamente –a veces, demasiado intensiva y desordenadamente– en los últimos dos siglos. Este es el tiempo del carbón, del petróleo, del gas y de la electricidad.

En la década de 1850, los combustibles más utilizados en todo el mundo, salvo en unos pocos países europeos, eran la madera, el carbón vegetal y la paja. El consumo total anual per cápita de dichos combustibles en su conjunto, equivalía a menos de 500 kg de madera. A mediados de la década de 1900, el consumo global anual per cápita de combustibles fósiles y electricidad primaria era equivalente a 1,5 toneladas de petróleo. En bruto, este incremento del consumo energético es de un factor 8, pero si tenemos en cuenta, tal y como señala V. Smil¹⁴, que en 1850 la eficiencia de la conversión de energía era del 15 por ciento y que en 1995 esta eficiencia llegaba al 40 por ciento, el consumo medio anual per cápita de energía útil se ha multiplicado en esos años por 20, lo cual representa un cambio sin precedentes después de siglos de crecimiento marginal o nulo.

¹³ “Ese acceso universal a la energía exige un marco de competencia y funcionamiento eficiente del sector, pero compatible con un desarrollo sostenible. La energía y el cambio climático establecen una relación binomial, que abre un nuevo ámbito de estudio, y también de responsabilidades a todas las instituciones implicadas”. M^a Teresa Costa i Campi, Presidenta de la CNE y de ARIAE. Artículo publicado en el periódico La Razón, de 02.07.07.

¹⁴ Ver SMIL, VACLAR : « Energy at the Crossroads».

El desarrollo del carbón tiene una significación fundamental en su evolución entre finales del siglo XVIII y principios del siglo XX, si bien el momento central de despegue de la producción de esta energía primaria corresponde al período 1840-1850. Hasta ese momento el ritmo de crecimiento observaba una media del 40% y a partir de 1850 la producción se dobla prácticamente cada veinte años. Hacia el final del siglo diecinueve se van configurando los sistemas de apoyo institucional, jurídico y político del sector carbón. Se materializará así, la organización de productores y propietarios de cuencas e instalaciones en Cámaras profesionales, organizaciones nacionales o regionales: Ruhr, Rhénanie-Westfalia, Zollverein (Alemania, Lorena, Luxemburgo), Inglaterra o Estados Unidos.

De 1909 a 1913 en carbón y lignito, la producción mundial se evalúa en 1.122 millones de toneladas, de acuerdo con las estimaciones realizadas por la Conferencia Económica Internacional de la Sociedad de Naciones. En dicho período, la producción mundial mayoritaria es la europea, 576 Mt, seguida de la norteamericana, 478 Mt, y la asiática, 50 Mt.¹⁵

La primera erupción importante del petróleo en la historia tiene lugar a mediados del siglo XIX, en 1859 en Titusville, Pensilvania, donde el Coronel Edwin Drake descubre un yacimiento de petróleo a veintiún metros de profundidad. A este descubrimiento central siguieron otros, mejorando sucesivamente las condiciones de producción y distribución de este producto energético. En 1890 los principales productores mundiales eran Estados Unidos (de manera principal Tejas y California); y Rusia, con los campos de Baku, en el Mar Caspio, Rumanía e Indonesia, aunque pronto se sumarían otros países como Méjico, Irán, Trinidad y Venezuela. El descubrimiento de los grandes campos geológicos petrolíferos comienza en 1930 y continúa durante más de dos décadas. Kuwait suministra el 25% del petróleo utilizado por franceses y británicos. La materia prima petróleo

¹⁵ Ver KOURCHID, OLIVER : « Le charbon : évocation de quelques siècles sur les cinq continents », en *Énergie et Société*, en la obra dirigida por Pierre Bauby, Alain Beltran, Boris Berkovski, Marcel Locquin, Vicente López-Ibor Mayor y Stephen C. Mills.

representaba mejorar técnicas respecto de las hullas, animales o vegetales generalmente utilizados para la iluminación, sin perjuicio de otros usos y posibilidades derivadas.

La producción del petróleo conoce un desarrollo extraordinario en un tiempo realmente breve. Así, la producción del petróleo pasa de un millón de toneladas en 1873 a 100 millones de toneladas en 1920. Y conoce una curva de desarrollo exponencial después de la Segunda Guerra Mundial de 500 Mt en 1950 (momento de expansión de los “siete grandes” del sector. Cinco norteamericanos: Standard Oil, de New Jersey; Mobil; Standard de California, y Texaco, y dos sociedades europeas, Royal Dutch Shell y British Petroleum—antigua Anglo-Persa Co.—) a 3.155 en 1992¹⁶.

En la Primera Guerra Mundial se pone ya de relieve la importancia clave del petróleo como suministro de combustible en el transporte. Cabe recordar que las primeras fábricas de producción de automóviles van apareciendo también a inicios del siglo XX, como es el caso de la Ford, en Estados Unidos, en 1907.

La electricidad y el gas natural comienzan su desarrollo a finales del siglo XIX y, sobre todo, en las dos primeras décadas del siglo XX. Como señala Christian Stoffaës, la electricidad se desarrolla en una primera fase como una fuente de energía descentralizada, constituida por un conjunto de sistemas conectados a un generador y a un cliente para su uso. En ese mismo tiempo, el interés de los municipios por el alumbrado público suscita el gran crecimiento de las redes de distribución a partir de 1900¹⁷. Por otra parte, el período 1880-1930 marca el conjunto de innovaciones técnicas que relanzan el consumo del gas natural. En 1935 los Estados Unidos consumían el 92% del gas natural producido a nivel mundial. Este combustible comenzó verdaderamente a utilizarse de forma masiva, tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se generaliza la construcción de gasoductos de alta presión, con potentes compresores que permitieron transportarlo a grandes distancias y

¹⁶ DEBACKERE, MARIE-CLAIRE : « *Le développement de l'industrie pétrolière* ». Institut Français du Pétrole. París. 1995.

¹⁷ STOFFAËS, CHRISTIAN: “*Services publics, question d'avenir* ». Editions Odile Jacob. París. 1995.

abaratarse su distribución. La extracción mundial de gas natural, como recuerda Vaclar Smil¹⁸, se multiplicó por diez entre 1950 y 1970, y se volvió a duplicar en 1990. Su composición es principalmente metano, con proporciones cada vez menores de otros alcanos (etano, propano, butano).

Después de la aparición del telégrafo eléctrico de la mano de Wheatstone y Cooke en 1840, hubo que esperar casi dos décadas a que avanzaran los progresos en otras aplicaciones análogas, como fue el perfeccionamiento de la dinamo (llevado a cabo, entre otros investigadores, por William Siemens, 1823/83).

Thomas Edison en los Estados Unidos y Joseph Swan en Gran Bretaña, perfeccionaron, de manera independiente, el desarrollo aplicativo de la lámpara incandescente, y con ello, facilitaron la rápida evolución comercial a partir de 1870, de la energía eléctrica¹⁹.

En 1882 Thomas Edison diseña el primer sistema eléctrico comercial basado en la central eléctrica de Pearl Street, y George Westinghouse en 1886 empieza a comercializar sistemas de más de 1 kv y a diseñar conexiones en corriente alterna, favoreciendo así la creación, o el primer impulso de un descubrimiento extraordinario plasmado a lo largo de todo el siglo XX, la producción y transporte de energía eléctrica²⁰. Naturalmente, la electricidad es vector de las energías o fuentes primarias de aprovisionamiento de las que necesariamente se “alimenta” en sus procesos de combustión y generación internos. La

¹⁸ Ver. SMIL, VACLAR : « Energy at the Crossroads », ya citado.

¹⁹ Ver British Economic History 1870-1914, “*Commentary and Document*”. W.H.B. Court. Cambridge University Press. 1965.

²⁰ Un comienzo muy débil pero perceptible de la electricidad se aprecia entre los años 1880 a 1890. Un comienzo que, a juicio de Alain Beltrán permite predecir un nuevo mundo moderno.

Las experiencias previas de salón no habían permitido hacer avanzar la ciencia pero participan de las controversias de su tiempo. La pila de Volta nace en una de las disputas intelectuales propias de la Europa de las Luces. Con las diferentes pilas y los avances de la ciencia (Amperio y Faraday) el siglo XIX se abre a las aplicaciones prácticas. Un Palacio de electricidad se presenta en la Exposición Universal de 1900. Más tarde, se avanzó gracias a los experimentos de Archereau y Foucault en el desarrollo de aparatos electromecánicos, partiendo del principio, de la inducción magnetoeléctrica. Luego llegaron los progresos de Pixii, Saxton, Clarke, Stöhrer, Nollet, Holmes, Wilde, Siemens, Yablochkov, y otros.

producción de electricidad canaliza del orden del 40% de las fuentes primarias de energía (carbón, fuel, gas natural, nuclear, hidráulica, renovables).

2. LA DIMENSIÓN GEOPOLÍTICA DE LA ENERGÍA.

Por las razones anteriormente apuntadas y al ser la energía un bien esencial necesario tanto en sociedades que se encaminan hacia un desarrollo, que no verán realmente alcanzado si carecen del aprovisionamiento, tecnología y al menos un mínimo modelo energético, o una estructura política adecuada, en aquellos casos que disponiendo de recursos naturales su beneficio no se proyecta proporcionalmente sobre el desarrollo social interno (no hay que olvidar que la mitad de la población con menos capacidad adquisitiva en el mundo, vive en países ricos en hidrocarburos y minerales)²¹; cuanto de las sociedades avanzadas que persiguen mejores cotas de bienestar material y crecimiento, es por ello que el estudio y análisis del fenómeno energético ofrece también, en el marco de las relaciones internacionales, una dimensión geopolítica²² y geoestratégica indiscutible²³.

En la Primera Guerra Mundial se pone ya de relieve la importancia clave del petróleo como suministro de combustible en el transporte. Cabe recordar que las primeras fábricas de producción de automóviles van apareciendo también a inicios del siglo XX, como es el caso de la Ford, en Estados Unidos, en 1907.

²¹ Michael L. Ross en la Revista Foreign Affairs (Mayo-Junio 2008), bajo el título “Blood barrels”, ha afirmado que “los Estados productores representan una proporción creciente de los países víctimas de conflictos. Son el teatro de una tercera parte de las guerras civiles...”. Por otro lado, cabe recordar el denominado “maleficio del petróleo o de los recursos”, que responde, evidentemente, a la misma paradoja.

²² Gideon Rachman ha afirmado que en las mayores cuestiones geopolíticas del mundo, siempre encontramos en el corazón de su análisis, a la cuestión energética. “*The World has two energy crisis but not real answers*”. Artículo publicado en el Financial Times de 10.07.07.

²³ Ramón Casilda, Presidente de la Comisión de Relaciones con Iberoamérica, CEDE, opina que la energía es uno de los ejes sobre los que giran los mayores problemas de nuestro tiempo. Son problemas que presentan diferentes aspectos en cada país, dependiendo de la posición en cuanto a la disponibilidad de recursos y, complementariamente, de la dependencia del suministro exterior. Si bien existen componentes comunes, como puede ser un inevitable crecimiento acelerado de la demanda energética vinculado al rápido desarrollo que están experimentando distintas, e intensamente pobladas regiones del mundo, y las limitaciones objetivas de las reservas de recursos fósiles, afectado además su suministro por una inseguridad en los precios y la disponibilidad, derivada de la geopolítica. Artículo publicado en Expansión, el 14.05.07.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la historia del petróleo puede dividirse, de acuerdo con Jean-Marie Chevalier²⁴, en dos grandes espacios geográficos: los Estados Unidos, que en 1945 producen todavía el 65% del petróleo mundial, y el resto del mundo. Si bien, ese “resto del mundo”, se concentra fundamentalmente en la región del Medio Oriente. Así, en 1944, los Estados Unidos disponían el 40% de las reservas mundiales, en tanto que en Medio Oriente se concentraba el 30%. Entre 1920 y 1960, la extracción mundial de petróleo se multiplicó por diez y pasó a ser el combustible fósil más utilizado, superando al carbón. En esos años se añaden otros campos petrolíferos en Oriente Medio (en el año 1948 se descubre el yacimiento de Ghawá que continúa siendo el más grande del mundo), Liberia, Nigeria, Indonesia, México y Alaska, así como la construcción de una red de oleoductos muy extensa. Hasta los años setenta se vivió un momento de notable crecimiento económico que condujo a la prosperidad a muchos países de la OCDE. En particular, el espectacular crecimiento del sector transporte, el denominado “boom del mercado del automóvil” con crecimiento del orden del 10% anuales, produjo un notable incremento de la demanda petrolífera. Los productos derivados del petróleo, por otra parte, han ido conquistando progresivamente nuevos mercados y sectores en gran número de síntesis químicas, en generación de electricidad, en las máquinas de tren con el empleo de gasoil, y en la aviación, con motores de reacción cada vez más potentes y, obviamente, en el impresionante desarrollo del sector del automóvil²⁵, sector que en el momento presente representa la mitad del consumo del petróleo en los países industrializados.

En la actualidad los principales productores de petróleo son Arabia Saudí (10,6 mb/día), Rusia (9,7 mb/día)²⁶. Los Estados Unidos consumen más de la cuarta parte de la producción mundial, seguida de Europa Occidental, China y Japón. Este grupo de países representan aproximadamente un tercio del consumo mundial, cuya producción reciben de los países del Medio Oriente, ex URSS y África Occidental, principalmente. Estos datos reflejan suficientemente los niveles de desequilibrio existentes en este mercado. Baste señalar que los países OPEP garantizan más del 50% de los 90 millones de barriles diarios

²⁴ Chevalier, Jean Marie: *Les grandes batailles de l'énergie*. Ed. Gallimard, 2004.

²⁵ Ver Smil, Vaclar: “Energy at the Crossroads”.

²⁶ Una descripción resumida y clara de la geopolítica actual del petróleo, la podemos encontrar en el libro “*Géopolitique*”, Larousse 2006, de Yves Lacoste.

que se consumen a nivel mundial. Y son las reservas de los países de Oriente Medio, principalmente Arabia Saudí, Irak, Irán y Kuwait los que proporcionan la mayor cuota de estas reservas. De ahí la permanente importancia política, económica, militar y, por tanto, geoestratégica de esa zona para el mundo. A ello debe sumarse un hecho extraordinariamente notable como es el crecimiento constante del consumo de materias primas energéticas de China e India, principalmente.

Desde 1973²⁷, año en que tiene lugar la primera gran crisis energética internacional²⁸, en la que el precio del crudo se multiplicó en escasas semanas por tres, con ocasión de la Guerra de Yom Kippour entre Egipto y Siria e Israel, la cuota del petróleo de Oriente Medio en el marco de la producción mundial ha seguido creciendo de forma muy notable, superando a los Estados Unidos que, a su vez, fueron superados en 1975 por la URSS. Los años posteriores tuvieron lugar otras crisis petroleras, 1979 (crisis en Irán con gran disminución de la producción en el país), 1985 (crisis del precio del crudo en Arabia Saudita) y la ocasionada por la primera guerra de una coalición internacional contra Irak, hasta llegar a nuestros días, con las crisis energéticas tangibles o implícitas vinculadas a los conflictos políticos surgidos en un amplio número de países del Norte de África, en la denominada “primavera árabe”, Egipto, Libia, Siria, Túnez, son algunos ejemplos elocuentes de la situación.

La crisis en 1973 puso de relieve la necesidad de plantear una visión de conjunto de los sistemas energéticos nacionales e internacionales que intensifique el esfuerzo prospectivo y con ello la capacidad de prever y resolver las insuficiencias, interrupciones o variaciones en el mercado de los aprovisionamientos energéticos. La creación en 1974 de la Agencia Internacional de la Energía responde, en manera no desdeñable, a esas preocupaciones²⁹.

²⁷ Rodanne, P.: *Energies de ton Siècle*. El crecimiento del consumo petrolero de los países industrializados era del 8% entre 1965 y 1973, teniendo en cuenta que se estaban produciendo tasas de crecimiento anuales superiores al 5%. Edition Lignes de Repères. París. 2007.

²⁸ No debe tampoco olvidarse la crisis del Canal de Suez que se inicia, con una declaración del Presidente egipcio Nasser, el 26 de julio de 1956, y que tendrá una influencia decisiva en la aceleración y conformación del Tratado EURATOM, un año más tarde, a fin de reforzar las vías de abastecimiento energético europeo y disminuir sus niveles de dependencia del exterior, a través del fomento interno de la industria nuclear.

²⁹ Joseph S. Nye, Catedrático de la Universidad de Harvard, en su artículo publicado en El País, el 21.08.07, afirma que las amenazas de interrumpir el suministro de petróleo para cambiar la política exterior de un país tienen una larga historia, sobre todo en relación con Oriente Próximo. Los Estados árabes miembros de

Como ha señalado José Sierra³⁰ hacia 1985 se produce un cambio radical en el panorama energético y en las prioridades de las Comunidades europeas en esta área, adentrarse en un periodo de casi veinte años de energía abundante y barata. Sierra enuncia algunos hechos que considera particularmente destacables: a) El derrumbe de los precios del carbón en el mercado internacional, primero en 1982 y del petróleo después en 1985, provocados entre otras causas por la contracción de la demanda, el aumento de la oferta, la sustitución entre fuentes energéticas, cambios en el contexto geopolítico de la energía, y acciones políticas y regulatorias muy decididas.

En consecuencia, se había producido un sobredimensionamiento de los sistemas energéticos y se tenía la percepción, además, de que la situación de oferta y de bajos precios sería casi permanente. Se producía, así mismo, una pérdida de la capacidad de la OPEP para mantener la disciplina entre sus miembros.

b) El nuevo escenario de sobrecapacidad y bajos precios, animó a la liberalización de los mercados energéticos, mediante la introducción de competencia de los mismos en busca de su máxima eficiencia económica. El Reino Unido y los Países Nórdicos impulsaron el proceso. El mismo espíritu preside la reestructuración, en ocasiones dramáticas, de la minería doméstica del carbón, altamente subvencionadas, tras superar la señora Thatcher su pulso de 51 semanas con los sindicatos carboneros británicos.

c) La ralentización de las inversiones en energía nuclear, primero por razones estrictamente económicas, y después por el desigual rechazo de las opiniones públicas tras los acontecimientos de Three Mile Island en 1979, el debilitado impacto mediático, y sobre todo el gravísimo accidente de Chernóbil de 1986 y la preocupación creciente por la

la Organización de Países Exportadores de Petróleo propusieron un embargo ya durante la guerra de 1967, pero tuvo escasas consecuencias porque Estados Unidos era entonces, en gran parte, autosuficiente.

En la guerra de Yom Kippur de 1973, el embargo árabe de crudo tuvo mayores efectos, ya que la demanda de petróleo importado en Estados Unidos había aumentado. El embargo hizo subir los precios y desató un período de inflación y estancamiento en todo el mundo, además de dejar muy claro que el petróleo es una materia que acabará agotándose.

³⁰ SIERRA LÓPEZ, José. *La Energía y las Políticas Europeas. Su Repercusión en España*. Documento de trabajo de Energía Real Instituto Elcano. 2008.

custodia del medio ambiente materializada en dos frentes: el del control, mediante normas estrictas, de la calidad de los afluentes y, en particular de las emisiones atmosféricas de contaminantes convencionales, y de la calidad de los productos petrolíferos; y de la lucha contra el fenómeno del cambio climático, del que ya se había tomado conciencia en la segunda mitad de los años ochenta.

La experiencia de los años setenta planteaba la necesidad de establecer mecanismos correctivos de naturaleza estructural, que pueden resumirse en tres ideas: diversificación, innovación tecnológica y sostenibilidad. Eric Orsenna³¹ ha señalado varios ajustes imprescindibles deducidos de aquellas primeras crisis y aplicables a las décadas subsiguientes: diversificación de zonas y técnicas de exploración, sustitución de fuentes energéticas y desarrollo de las energías renovables, mejora de la intensidad energética de la producción y progreso técnico que permita economías de la energía.

Por otro lado, Rusia³² es el mayor productor de gas natural y por ello, el control y las exportaciones de esta energía primaria se han convertido (aunque siempre lo fueron en el contexto de la antigua URSS) en un factor esencial de su política económica, financiera y presupuestaria. Y en un elemento clave de sus relaciones internacionales, tanto con los Estados Unidos y China, como con los ex países de la URSS, a quienes aprieta de vez en cuando las condiciones de precio y provisión de suministro, como nos muestran las crisis vividas en los últimos años con los casos de Ucrania (en enero de 2006) y Bielorrusia (en enero de 2004)³³, o Georgia. Si bien estas perturbaciones de aprovisionamiento no han afectado a la mayor parte de los consumidores finales en Europa del Oeste en razón de la existencia de sus previsiones y programas de reservas estratégicas, aquellos acontecimientos

³¹ Le Cercle des Économistes y Eric Orsenna: *Un monde de ressources rares*. Perrit/Descartes & Cie. 2007.

³² Rusia despliega en los últimos años, con un lenguaje político renovado pero muy contundente en sus acciones concretas, una nueva “diplomacia energética”, sobre sus recursos, vías de exportación, búsqueda y presencia en los mercados occidentales.

Ver: Ramses 2008, Ifri, pág. 143, el trabajo de Arnaud Dubier.

³³ Yves Lacoste, en su « *Géopolitique* », Larousse 2006, llama especialmente la atención sobre este extremo, señalando que [Rusia] juega un rol nuevo en Europa, mostrando cómo pueden subordinarse determinados suministros energéticos a una “cierta comprensión” de sus problemas geopolíticos.

no dejan de ser preocupantes en tanto que revelan, a juicio de Vladimir Milov, una tendencia general: no se excluye que este tipo de hechos se repitan en el futuro, sumados a la eventualidad de situaciones de penuria de gas en Eurasia durante los períodos de fuerte demanda en invierno, debido a que los campos explotados por Gazprom están en declive y la prospección y explotación de nuevos campos gasistas sufren de una infrainversión crónica³⁴.

Asimismo, Rusia utiliza también la dialéctica energética de manera intensiva como es evidente con los países de Oriente Medio donde se concentra la mayor proporción de reservas de hidrocarburos del mundo³⁵, y en el marco de sus relaciones con el mercado energético de la Unión europea, a través de ese gigantesco brazo empresarial llamado Gazprom³⁶, en sus difíciles relaciones de vecindad con los antiguos países de la Unión Soviética, que ha alcanzado su punto de mayor tensión en el conflicto armado de Georgia y desvelado un claro trasfondo energético³⁷, y también en su estrategia desplegada en las reservas del Ártico³⁸.

³⁴ « *Le dialogue énergétique Union européenne-Russie : concurrence contre monopoles* », por Vladimir Milov, en « *Politique étrangère. La Russie enjeux internationaux et intérieurs* », Revue trimestrielle publiée par l'Institut français des relations internationales. Ifri. 2007.

³⁵ GUILLEMOLES ALLA LAZAREVA, Alain. *Gazprom: Le Nouvel Empire*. Les Petits Matins. París 2008.

“Hay que decir que la política energética en Europa, depende aún claramente de los Estados Nacionales que no quieren delegar en Bruselas. Y Gazprom ha sabido perfectamente jugar este estado de cosas, prefiriendo el diálogo directo con las capitales occidentales a establecerlo directo con la Comisión Europea. Gazprom suministra la cuarta parte del gas que se consume en el seno de la Unión Europea. Ciertos países de Europa son enormemente dependientes de este gas. La mitad del gas consumido en Alemania viene de Rusia. El 63% de gas de Hungría procede de Rusia, el 73% de Austria, el 86% de Grecia y 100% de Finlandia”.

³⁶ GUILLEMOLES ALLA LAZAREVA, Alain. *Gazprom: Le Nouvel Empire*. Les Petits Matins. París 2008.

“Oujgorod en Ucrania es un punto de comunicación esencial sobre la gran autopista de gas que va desde los yacimientos del norte de Rusia, Iambourg, Ourengoi hasta las ciudades occidentales. El gas ruso una vez que se aleja aproximadamente 500 kilómetros de Moscú se dirige hacia la Europa occidental por dos proyectos principales: El primero atraviesa Bielorrusia y después Polonia. El segundo trayecto se dirige a Ucrania y se basa en varios gaseoductos que funcionan en paralelo así que sobre una serie de depósitos de gas con una gran capacidad de almacenamiento. Estos gaseoductos mantienen el nombre de la época soviética y se denominan Bratestvo (fraternidad), Soyouz (unión y también progreso). Han estado contruidos entre los años 1960 y 1980 y son claves para asegurar el tránsito de gas a la Europa occidental”.

³⁷ Ver el artículo de Holman W. Jenkins Jr., titulado “*First Yukos, then Georgia*”, en The Wall Street Journal de 13 de agosto de 2008, en el que advierte de eventuales efectos del poder energético ruso.

La situación energética mundial está claramente marcada aún por la presencia de tres grandes energías o combustibles fósiles. Nuestros consumos de energía primaria dependen en un 40% de petróleo, en un 25% de carbón y un 25% de gas natural. Además, el 80% de las reservas de petróleo y gas se concentran en menos de veinte países, buena parte de ellos con un grado apreciable de inestabilidad política. Es un dato importante también considerar que la reserva petrolífera continúa representando un 40% al año de consumo al ritmo actual, ratio que se mantiene estable desde la década de los setenta del pasado siglo XX y junto a los interesantes análisis de los costes de extracción del petróleo derivados de la teoría del “Peak oil” formulada hace ya casi medio siglo por Kim Hubert. El 10% restante viene repartido por la participación de energía hidráulica, nuclear y de las energías renovables, como la eólica, solar y la biomasa. En cuanto a la producción, el 40% de la electricidad proviene aún de centrales de carbón; el gas natural alcanza el 20% y la nuclear y la producción hidroeléctrica se encuentran del orden del 16% cada una. En cuanto a las energías renovables, su presencia es aún insuficientemente significativa a nivel mundial, siendo la primera la biomasa, que no alcanza el 8%. Estos datos deben ponerse en relación, como apuntábamos anteriormente, con los del crecimiento de la economía, de la demanda energética mundial, alentada de manera particularmente exigente, por grandes países que cambian su modelo de desarrollo hacia fórmulas de economías de libertad de comercio, y precios como China e India. Esta situación obliga a una interpretación sobre la viabilidad de la geopolítica y la sostenibilidad actual del modelo energético. Un modelo que debe, a nuestro juicio, claramente reorientarse a la interdependencia y la búsqueda de un nuevo equilibrio ante la gravedad de los datos y su previsible evolución³⁹.

Debe tenerse en cuenta que el crecimiento industrial en China no es inferior al 15% anual, a pesar de la leve corrección a la baja desde 2010. Y su consumo de petróleo crece a

³⁹ “Si Estados Unidos consume actualmente 20 mbd con 300 millones de habitantes, y China consume 7 mbd con 1.390 millones de habitantes, sólo con que cada chino consumiera per cápita lo mismo que un estadounidense, el consumo total chino sería de, aproximadamente, 85 mbd, cifra muy parecida al total del consumo mundial. Por tanto, nos iríamos a un consumo mundial superior a los 150 mbd y estaríamos ante un auténtico colapso de la producción de petróleo”, así lo afirma Juan Rosell en el libro: “¿Y después del petróleo qué? Luces y sombras del futuro energético mundial”. Ediciones Deusto, 2007.

niveles de 10% anual⁴⁰. En cualquier caso es necesario invertir la tendencia en el uso y aplicación de las fuentes primarias energéticas. Moderar el consumo de los combustibles fósiles, aumentar el desarrollo tecnológico en las energías limpias del carbón, abrir un debate nuclear sin complejos, aún con mayor urgencia tras el gravísimo accidente de Fukushima , especialmente en los países occidentales, fortalecer los mecanismos de apoyo y utilización de las energías limpias y renovables, así como el ahorro y la eficiencia energética.

China es ya el segundo consumidor de energía a nivel mundial. Se estima que su producción de petróleo bruto, que se situaba en el orden de 180 Mt en 2005, deberá alcanzar más de 200 Mt en 2015, para una demanda situada cerca de los 400 Mt. En 2005 ocupó por vez primera la segunda plaza en el mundo como país importador, inmediatamente después de los Estados Unidos. Aún así su consumo energético no representa más del 6% de la demanda mundial, pero el crecimiento de su demanda interna, del orden del 12% anual, no hace más que crecer y, por ello, se calcula que en pocos años China podría depender en un 80% del exterior para satisfacer sus necesidades de petróleo.

China se plantea las dificultades de conciliar la ecuación: fuerte crecimiento energético-incremento de la dependencia energética, como un factor de vulnerabilidad estratégica, tanto en términos de precios, de redefinición de su modelo de desarrollo o logístico (construcción de oleoductos y gasoductos, transportes terrestres y ferroviarios, etc.). Como señala C. Coulomb, para disminuir esta “sed de petróleo” la diplomacia de China se moviliza para firmar acuerdos energéticos con todos los países productores, con los 11 países miembros de la OPEP y con la Asociación de productores de petróleo africanos que integra a Algeria, Benin, Camerún, Congo, República Democrática de Congo,

⁴⁰ Orsenna, Eric: *Un monde de ressources rares*. Perrin, Descartes & Cie. París 2007, ha señalado que si extrapolásemos a diez años las actuales tendencias de consumo energético en China, en el año 2016 esta nación consumiría, en porcentaje de consumo mundial, 35% de carbón, 34% de acero, 31% de níquel y 29% de energía. En la actualidad sólo existen 18 automóviles por 1.000 habitantes en China, mientras que la selección es de 520 en la UE y 770 en USA. Los chinos consumen un poco menos de una tonelada de petróleo por año, los europeos cuatro y los norteamericanos ocho.

Costa de Marfil, Egipto, Guinea Ecuatorial y Libia. Asimismo, tiene acuerdos importantes en esta área, entre otros países africanos, con Gabón, Kenya y Angola⁴¹.

La Unión Europea ha reflexionado, como veremos con más detalle en páginas posteriores, sobre la situación de sus recursos energéticos, centrada en las posibilidades –y necesidades- de articular una política social sobre la energía⁴².

⁴¹ Ver Catherine Coulomb: *China: Le nouveau centre du monde ?*, con excelente Prólogo de Claude Mattin. Editions de l'Aube, 2007.

⁴² El acceso a la energía es fundamental para la existencia cotidiana de cada europeo. Nuestros ciudadanos se ven afectados por la subida de los precios, las amenazas a la seguridad del suministro energético y los cambios en el clima de nuestro continente. La energía sostenible, competitiva y segura es uno de los pilares básicos de nuestra vida cotidiana.

Tal situación reclama una respuesta común europea. En sus Cumbres de octubre y diciembre de 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno reconocieron, de forma especialmente inequívoca esta necesidad y dieron luz verde a la Comisión para intervenir al respecto. Los acontecimientos posteriores han confirmado que es preciso hacer frente a este desafío. El enfoque limitado a 25, hoy 28, políticas energéticas individuales no es suficiente.

La UE constituye el segundo mercado mundial de la energía. La UE es líder mundial en la gestión de la demanda, el fomento de formas de energía nueva y renovable y el desarrollo de tecnologías con baja emisión de carbono. Si la UE apoya su nueva política común alzando una sola voz en materia de energía, podrá liderar la búsqueda mundial de soluciones energéticas.

Ahora bien, Europa ha entrado en una nueva era de la energía:

- Existe una urgente necesidad de inversiones: sólo en Europa, se precisarán en los próximos 20 años inversiones cercanas a un billón de euros para cubrir la demanda de energía prevista y sustituir la infraestructura obsoleta.
- Nuestra dependencia respecto de las importaciones va en aumento: si no conseguimos otorgar una mayor competitividad a la energía autóctona, en los próximos 20 o 30 años un 70 % de las necesidades energéticas de la Unión se satisfarán mediante productos importados (algunos de ellos procedentes de regiones situadas bajo la amenaza de la inseguridad), frente al 50 % actual.
- Las reservas están concentradas en unos pocos países. Hoy en día, aproximadamente la mitad del consumo de gas de la UE se satisface con gas procedente de sólo tres países (Rusia, Noruega y Argelia). De mantenerse la tendencia actual, las importaciones de gas aumentarían un 80 % en los próximos 25 años.
- La demanda global de energía sigue creciendo. Se espera que, entre la fecha actual y el año 2030, la demanda mundial de energía y las emisiones de CO₂ aumenten aproximadamente en un 60%. El consumo mundial de petróleo ha aumentado un 20 % desde 1994.

Libro Verde de la Energía, 2005.

3. ESTADO Y REGULACIÓN ELÉCTRICA: UN NUEVO MARCO DE RELACIONES ENTRE EL ESTADO Y LA SOCIEDAD.

Como señala Paul Johnson⁴³, en 1912 California iba detrás de Nueva York en la cantidad de energía eléctrica utilizada. Durante la Primera Guerra Mundial se tomó la decisión de unificar toda la energía de este Estado, de casi 2.000 km de largo, a través de una única administración centralizada. Y de ese modo, en 1924, mientras el 35 por ciento de los hogares de todo el país estaban electrificados, en California lo estaba el 83 por ciento. El promedio nacional del coste del kilovatio/hora era de 2,17 dólares, y sin embargo, en California era de 1,42 dólares. Al generar el 10 por ciento de toda la energía eléctrica de Estados Unidos, California pudo beneficiar tanto a los granjeros como a los habitantes de las ciudades. Aquel mismo año, mientras el 90 por ciento de todas las granjas norteamericanas seguían careciendo de electricidad, no era raro ver granjas completamente electrificadas en California, bombas eléctricas que irrigaban las huertas y los campos y toda la gama de electrodomésticos de la época en los hogares. La electricidad barata impulsó la continuada prosperidad de California en los años veinte y a lo largo de los difíciles treinta, después.

El proyecto Boulden Canyon de Scattergood inaugurado por Roosevelt dio lugar a la presa más grande del mundo, concluida en 1935, mayor que las de Parker, Bonneville y Grand Coulee⁴⁴. La energía económica que producía hizo posible el florecimiento de vastas industrias manufactureras que se establecieron en California durante la Segunda Guerra Mundial y transformaron toda la costa oeste, haciéndola aún más rica. Más al norte en Seattle –nos sigue recordando Paul Johnson–, J.D. Ross, discípulo de Scattergood, también predicó el evangelio de la electricidad barata, y lo llevó a la práctica. En la década de 1930 Seattle tenía más cocinas eléctricas que cualquier otra ciudad del país. Pocos años después se benefició de la expansión industrial de tiempos de guerra, lo que la llevó a ser, al día de hoy, el centro de la industria aeronáutica de Estados Unidos⁴⁵.

⁴³ Paul Johnson. *Estados Unidos. La Historia*, págs. 618 y 619. Ediciones B. Argentina. 2001.

⁴⁴ Ver Norris Hundley Jr. *Water and the West: the Colorado River*. Compact and the Politics of Water in the American West. Berkeley, 1975.

⁴⁵ Jordan A. Schwarz, *The New Dealers: Power Politics in the age of Roosevelt*. Nueva York. 1993.

Además, la electricidad de bajo coste fue uno de los factores que convirtieron California –concluye Johnson- en el centro mundial de la nueva industria cinematográfica.

Casi un siglo más tarde, el 17 de enero de 2001, la situación de urgencia eléctrica fue declarada en el Estado de California, el quinto lugar del mundo en términos de consumo energético, como consecuencia de una nueva alerta de nivel tres correspondiente a la existencia de reservas de capacidad inferiores al 1,5%⁴⁶. Después de cuarenta alertas de nivel 1 y 2 lanzadas desde junio de 2000, los grandes cortes de suministro de fluido eléctrico, afectando fundamentalmente a las zonas de Sacramento, San Francisco y Silicon Valley, se habían desencadenado dramáticamente⁴⁷. En enero de 2001 se dio la orden de que hubiera “cortes de suministro” o “apagones” escalonados, lo que afectó a cientos de miles de personas⁴⁸.

El precio del MWh en el mercado mayorista había ascendido de cincuenta a trescientos dólares en sólo siete meses, de mayo a diciembre de 2000. Desde aquel mes de mayo las dos

⁴⁶ La Ley sobre Desregulación del sector eléctrico (AB 1890; y el Senate Bill 90) fue firmada por el Gobernador Pete Wilson el 23.9.1996, desde el comienzo de abril del año 1998 los consumidores eléctricos de California quedaban autorizados a elegir su suministrador eléctrico, en un proceso que se denominaba desregulación o reestructuración, y que había sido preparado desde principios de la década de los noventa, principalmente desde la California Public Utilities Commission.

El sistema de desregulación californiana fue suspendido en su aplicación en septiembre del año 2001.

⁴⁷ Cabe reseñar algunos apagones (“blackouts “, o “ incidencias de continuidad en el suministro “) de gran alcance a lo largo de los últimos años en determinados países occidentales avanzados (no registramos aquí las frecuentes incidencias e interrupciones de suministro que tienen lugar en otras naciones de menor desarrollo, ciñéndonos solo al área de la OCDE), tanto en América como en Europa. En Norteamérica destacan el del noroeste de 1965 que dejó sin electricidad a 30 millones de personas.El de 1977 de la ciudad de Nueva York, en una calurosa noche de julio que dejó a oscuras la ciudad para 8 millones de personas.El de 1996 que afectó el oeste de Estados Unidos (Oregón y California), y de Canadá y, el más relevante por sus efectos sobre la población (50 millones de personas) de 2003 que alcanzó al medioeste y al noroeste del país, además del sudeste de Canadá, quedando fuera de servicio una carga de 61800 mw en los Estados de Ohio, Michigan, Nueva York, Nueva Jersey, Pensilvania, Vermont, Massachussets y Connecticut, en Estados Unidos, y la provincia de Notario en Canadá, cifrándose las pérdidas totales por este suceso entre 10000y 30000 millones de dólares.Ese mismo verano sufrieron importantes apagones Inglaterra, Dinamarca (24 de septiembre), Italia (el 28 de septiembre). Más recientemente, el 7 y 8 de julio de 2004 en Oslo, se produjeron importantes apagones que interrumpieron la actividad económica general, y el verano de 2007 la ciudad de Barcelona sufrió una muy grave interrupción de su suministro en varias áreas de la ciudad durante más de cuarenta y ocho horas. Este mismo año 2012, han tenido lugar dos importantes “blackouts”, uno en Estados Unidos , a consecuencia de una muy fuerte ola de calor , afectando a más de una docena de Estados. Y, otro de enorme gravedad en la India, durante dos días, que dejó sin suministro a más de 650 millones de personas.

⁴⁸ Si bien Sharon Beden (« *Energía y Poder* ». Fondo de Cultura Económica. Méjico 2003), señala que “los apagones no tenían relación con la demanda pico”.

principales empresas distribuidoras californianas Pacific Gas & Electric (PG&E) y Southern California Edison (SCE) acumulaban pérdidas estimadas en más de siete y cinco mil millones de dólares, respectivamente, ofreciendo una situación financiera de práctica quiebra societaria⁴⁹. Las tarifas eran congeladas hasta 2002. La elevación de precio de gas natural ascendía en un solo año de 2,5 Mbtn a cerca de 10 Mbtn, contribuyendo de esta forma a presionar al precio eléctrico formado en su cincuenta por ciento en este Estado por gas natural⁵⁰.

El Estado federal de California tomaba las medidas legales correspondientes para adquirir la red de transporte de las sociedades eléctricas de la zona, intensificando las medidas de intervención pública. Los precios del mercado mayorista volverían a los niveles precedentes al proceso de reforma en un año, pero mientras tanto se habían producido graves daños en el sistema económico eléctrico californiano, y conducido a la quiebra a la principal empresa eléctrica del Estado.

El proceso de desreglamentación iniciado por la Ley AB1890, se consideró, por su defectuosa construcción técnica y sus efectos sobre la prestación del suministro, el principal responsable de esta crisis cuya trascendencia alcanzó al cuerpo económico nacional norteamericano, abriendo una profunda reflexión en gran número de Estados sobre el sentido de la liberalización eléctrica llevada a cabo en muchos de ellos. Arkansas, Nevada, Nuevo Méjico, Oklahoma o Virginia se propusieron revisar sus perspectivas liberalizadoras, mientras Pennsylvania, Nueva York o Massachusetts, Ohio o Texas, continuaban las reformas emprendidas⁵¹, con desiguales resultados⁵². Los autores de la reforma californiana

⁴⁹ Ver Nancy Rivera Brooks y Nicholas Roccadi: “*Power Exchange market place to close*”. LA Times, 20 de enero de 2001.

⁵⁰ Ver, entre otros, el Informe de la Commission de Régulation de l’Électricité francés sobre “*La crise du secteur électrique californien*», de 14 febrero 2001.

También *La lettre de l’Energie* de CERA (Cambridge Energy Research Associates), en su número 59 de marzo 2001, págs. 11–12.

⁵¹ El año 1996 constituye una fecha especialmente clave o reveladora para medir el grado de avance de los Estados en orden a la preparación o promulgación de iniciativas liberalizadoras. En tal sentido dictaron propuestas los Estados de Alabama, Arizona, Connecticut, Delaware, Kansas, Maine, Mississippi, New Hampshire, New Jersey, Oregón, Tejas y Virginia. Ver: *Energy Information Administration/Changing Structure of the Electric Power Industry* (DOE 1997).

decidieron congelar el precio de comercialización/distribución o suministro minorista por un período de cuatro años, sin permitir a los distribuidores principales, que habían actuado tradicionalmente –como empresas de ciclo completo- también en el mercado minorista, que se protegieran de la volatilidad eventual de los precios en la distribución, suscribiendo contratos a largo plazo con los generadores. La idea de congelar los precios minoristas partía de la presunción de que el mercado mayorista bajaría también de manera constante durante un largo período de tiempo, lo que evidentemente no sucedió, por razones diversas. El efecto perverso en las cuentas de explotación primero, y en los balances, después, de las Co. Distribuidoras no tardó en ponerse de manifiesto, provocando situaciones de concursos de acreedores de gran relevancia económica y social, y poniendo totalmente en cuestión el diseño del modelo liberalizador ideado en el Estado.

Todo ello pone de relieve la importancia, como ya apuntábamos en el capítulo anterior, de una adecuada regulación eléctrica y la extraordinaria significación que esta energía tiene para el desarrollo económico y social en las sociedades modernas⁵³, en cuyo funcionamiento operativo interviene de manera decisiva, a través de incontables equipos y tipos de instalaciones técnicas. No cabe imaginar núcleos de población urbana sin ordenadores, televisores, control aéreo, iluminación, telecomunicaciones. Nuestra sociedad es, en tal sentido, una “sociedad de infraestructura eléctrica”, una “sociedad eléctrica”, en la producción, en el consumo, y en las transacciones.

En dicha época también se anunciaba el lanzamiento, por parte del New York Mercantile Exchange, de contratos de futuro en el sector eléctrico. Ver: *Electricity futures will help the industry COPE with fundamental changes to the market*, por Karen Klitzman, en la Revista Energy editada por el New York Mercantile Exchange. Otoño 95/Invierno 96.

⁵² Como apuntan R.J. Pierce Jr. y Ernest Gellhorn (“Regulated industries”, fourth edition, St. Paul, Minn. 1999, pág. 377) en 1999, diecinueve Estados norteamericanos habían adoptado regímenes de competencia eléctrica en el mercado minorista (“retail”) con resultados variados.

⁵³ Coincido con la afirmación de Smil cuando escribe que “crecimiento es la única palabra que abarca la esencia de las sociedades modernas de gran consumo energético”, añadiendo este autor que “... El aumento de la producción de energía permite el crecimiento de las ciudades y de la población; la mejora de la productividad agrícola e industrial y el crecimiento de la economía y la riqueza; la generalización de los viajes y los flujos de información; pero también de la cantidad de armamentos, del número de bajas en la guerra y de la contaminación ambiental”. Ver Vaclar Smil. Energías, Drakontós Crítica. Ed. en 1999 por el Massachusetts Institute of Technology, y traducido en 2001 al castellano por Ignacio Zúñiga, edición ésta la utilizada para nuestro trabajo (pág. 255).

Como ha señalado Francisco Cabrillo, lo que demostraron los sucesos de California no es que la desregulación sea una mala solución. Lo que han indicado claramente es que una desregulación mal hecha puede producir resultados muy peligrosos. En este caso, el error principal consistió en haber liberalizado los precios que los productores cargan a las empresas de distribución de energía eléctrica, congelando sin embargo la capacidad de estas últimas, como antes señalábamos, para trasladar tal movimiento de precios a sus clientes. En efecto, para proteger a los usuarios, se fijaron unas tarifas máximas a las que los distribuidores están sometidos. Y, añadimos nosotros, esta fijación de topes de precios, “*price-cap*”, en tales condiciones estructurales de diseño regulatorio, contribuyó de manera decisiva a distorsionar el precio señal⁵⁴.

Asimismo, se olvidó que los precios de la energía están siempre sujetos a posibles variaciones difíciles de prever y controlar, es decir, sometidos a fuerte volatilidad. Un alza de los precios del petróleo o un crecimiento de la demanda de electricidad debida a unas temperaturas más bajas de lo esperado pueden ser razones suficientes para que los productores de energía suban sus precios. Si este coste extra no puede ser trasladado a los consumidores porque la reglamentación vigente lo impide, la situación de los distribuidores puede llegar a ser insostenible. Y esto es exactamente lo que ha sucedido en California⁵⁵.

⁵⁴ Una explicación detallada de los acontecimientos producidos en el mercado eléctrico californiano desde 1998 a 2000 puede leerse en Paul L. Joskow y Edward Kahn: *A quantitative analysis of pricing behavior in California's wholesale electricity market during summer 2000*, publicado en “The Energy Journal”, Vol. 23, Nº 4, págs. 1 a 35 (2002), y en una separata del Massachusetts Institute of Technology. Center for Energy and Environmental Policy Research. En este trabajo se analizan las razones por las que el precio del mercado eléctrico era casi 500% mayor en verano de 2000 que en los mismos meses de los dos años precedentes, y continuando con dicha tendencia hasta junio 2001.

⁵⁵ Lo sucedido en California ha provocado una viva polémica sobre el sentido y alcance de los procesos de liberalización o desregulación eléctrica. Así, José Luis Oller-Ariño y Manuel Conthe (en artículos publicados en el Diario Expansión) han destacado desde distintos ángulos la ausencia de previsiones en el modelo californiano de la capacidad de generación y la defectuosa regulación:

En opinión de José Luis Oller-Ariño “Si en una zona determinada, en un momento dado, se produce un exceso de demanda de energía sobre el consumo habitual previsto, no cabe importar energía de otra zona si no se ha preparado un sistema de transmisión con capacidad suficiente para ello, ni puede aumentarse la producción por encima de las reservas de capacidad que hubiera previstas. Nadie dispone en lugar alguno de reservas estratégicas de energía eléctrica, como ocurre con el petróleo, ni pueden organizarse transportes de urgencia terrestres o marítimos. En consecuencia, sólo cabe eliminar el exceso de demanda mediante el racionamiento (apagones), mediante una subida de precios tan vigorosa que reduzca la demanda, o mediante una combinación de ambas.

Una cuarta parte de capacidad de generación parada por reparación o por haber agotado los límites de polución aérea autorizados, altos precios del gas natural, una reducción de las reservas hidráulicas en los

María Luisa Huidobro ha puesto de relieve elementos diferenciales entre el modelo español y el californiano, tanto desde la perspectiva del diseño de sus respectivos mercados organizados como en la recuperación de los costes varados, la separación de actividades o la reserva de capacidad⁵⁶. En estos dos últimos aspectos Huidobro destacaba que en España el reembolso por costes de transición compensaba en aquel momento a los generadores y no a los distribuidores como en el caso de California, y que la recuperación de estos costes se vinculaba a los precios del mercado a diferencia de lo que sucedió en California que se apoyaba en la enajenación de activos de generación⁵⁷, o el establecimiento de price-cap, en

Estados de Washington y Oregón por exceso de producción allí, han coincidido con un fuerte incremento de la demanda de energía provocado por un verano extremadamente caluroso. Cuando se dieron los primeros apagones este verano emergieron datos olvidados: más de la mitad de las plantas de generación tienen más de treinta años, los procesos de autorización de nuevas plantas se eternizan en los departamentos de la Administración y los tendidos para importar energía operan desde hace años al límite de capacidad sin que nadie tenga incentivos para aumentarla”.

Manuel Conthe considera en su análisis que “California decidió en 1996 que el precio de la electricidad lo fijaran la oferta y la demanda. Y obligó a las grandes compañías eléctricas –Pacific Gas & Electricity y Southern California Edison– a que vendieran sus centrales para dedicarse sólo a la distribución. Aunque ya por entonces, dada su histórica aversión por las centrales nucleares, California importaba electricidad, se esperaba que la liberalización del mercado produciría una rápida reducción de precios. Para asegurarla, se exigió que todas las compraventas de fluido eléctrico se hicieran con entrega inmediata (spot), sin permitirse contratos a plazo (forward). Con el beneplácito de las distribuidoras –deseosas de evitar una caída brusca del precio de venta a sus clientes–, se acordó también que, salvo cierta rebaja inicial, las tarifas para los usuarios se mantuvieran fijas hasta el 2002”.

Christian Stoffaes señala que “Dos grandes acontecimientos habrán marcado la historia reciente de la electricidad, la desregulación del monopolio británico en 1989 y hoy el apagón californiano. Después del tiempo del monopolio y el de la desregulación, nos dirigimos hacia una tercera vía entre los dos, más equilibrada”.

En parecida línea, con ocasión del debate en el Parlamento Europeo de la Propuesta modificada de Directiva 96/92/CEE, se pronunciaba M. Désir del Partido Socialista francés: “*Señora Comisaria, queridos colegas, la energía no es un sector como los demás, y por ello el debate no puede limitarse a la mera cuestión de la apertura a la libre competencia y de su calendario. La seguridad en el abastecimiento, la cohesión territorial, el desarrollo de las redes y de las interconexiones, la renovación de las centrales, la búsqueda de las obligaciones de servicio público son otras tantas dimensiones esenciales que conllevan inversiones a largo plazo sin rentabilidad inmediata, pero que deben quedar garantizadas si no queremos vernos abocados a una situación ‘californiana’. Por tanto, este sector tiene que estar estrechamente controlado, y hay que mantener un equilibrio entre lo que ha de estar sometido a los mecanismos del mercado y lo que debe quedar vinculado a otros imperativos, a otras lógicas en su organización*”.

⁵⁶ En este mismo aspecto del diseño del sistema californiano respecto a la ausencia de reserva de capacidad, insisten diversos autores. Ver, entre otros, por el interés general sobre el sector energético de dicha obra, el trabajo de Paul L. Joskow: “*Competitive electricity markets and investment in new generating capacity*”, en el libro “*The new Energy paradigm*”, editado por Dieter Helm. Oxford University Press, 2007.

⁵⁷ También la configuración de la reserva de capacidad es claramente diferente en ambos modelos, ya que en California las unidades de fuel-gas representan el 53% de su reserva de capacidad y 15% en España. M^a

esta esfera⁵⁸. Pedro Rivero resaltó la extraordinaria importancia y gravedad de los acontecimientos acaecidos en California, que “han demostrado la falibilidad del sistema eléctrico cuando las cosas se abordan con precipitación y sin el necesario y sosegado debate previo que hubiera posibilitado su solución anticipada”⁵⁹. Las diferencias de modelos han sido también subrayadas por Carmen Becerril en la medida de que en España se ha reconocido la separación jurídica de actividades pero no la “desvinculación total entre generación y distribución”.⁶⁰

Las lecciones de California, afirma con razón Jordi Dolader (capítulo de tarifas e inexistencia de mecanismo de *pass-through* a “Districo” (Distribution Company) pool mandatorio a través de “Calpex” sin posibilidad de contratos bilaterales, derechos en CTC a “Genco” ex ante, sin vínculo a su efectividad en los niveles de competencia, síndrome NIMBY –never-in-my-back-yard– a nuevas plantas de producción, y un largo etcétera), deben servir para evitar errores en nuestro propio modelo, pero en ningún caso para augurar futuros desastres, de insistir en la opción liberalizadora⁶¹. Otros autores han destacado, al

Luisa Huidobro: *Electricity liberalization and organized markets in Europe*. Repsol-YPF. Harvard Seminar on Energy Policy. 2001.

⁵⁸ Ver también por su interés *What went wrong with California's re-structured electricity market?*, en el que Frank A. Wolak (2001) realiza un detenido análisis sobre la crisis californiana desbrozando los “mitos y realidades” de lo sucedido, desde el crecimiento de la demanda, al funcionamiento de las plantas de generación térmica o las puntas de demanda (entre enero y marzo de 30.000 MW cuando la capacidad del Estado era de 45.000 MW), para concluir su examen por un repaso clave de los problemas regulatorios a nivel federal que se proyectaron también sobre el Estado, en particular el establecimiento de *price-cap* frente a precios en tiempo real (pagar cada hora el precio del mercado, no un precio distinto por bloques de horas).

⁵⁹ Pedro Rivero: *Seguridad del suministro*, en la obra colectiva “La nueva regulación eléctrica”. Civitas. 2002.

Gillian O'Connor escribía en el Financial Times, en pleno desarrollo de la crisis “California solía ser un buen socio comercial para los Estados del noroeste del Pacífico, Oregon, Washington e Idaho. Ahora es un vecino desde el infierno.” F.Times 22 diciembre 2000.

⁶⁰ Carmen Becerril, “La buena salud del sector eléctrico español” Diario Expansión, de 7 de mayo de 2001. No es de la misma opinión Jose Luis de la Fuente O'Connor (La capacidad eléctrica en España”. Diario Cinco Días, de 15 de marzo de 2001), para quien “las causas generales que han provocado que se pueda llegar a esta hipotética situación de desabastecimiento estructural transitorio son muy parecidas a las apuntadas por el caso californiano: no trasladar a la demanda, por desequilibrio e inseguridad regulatorios, las señales de precios de la oferta, la falta de incentivo inversor en infraestructura que esto supone y la ausencia de planes de abastecimiento a largo plazo con un marco de referencia claro”.

⁶¹ J. Dolader i Clara: *Libera-polios y mono-lización*. Expansión. 25.7.2001.

analizar también estos hechos, la importancia que en el sector eléctrico adquieren sus niveles de interconexión⁶².

El tema central que nos ocupa es precisamente ese: la conformación de la regulación eléctrica actual, sus vías de gestación, los objetivos que persigue en un contexto liberalizado, en el que el Estado asume crecientemente un papel supervisor apartándose, salvo en situaciones de crisis extrema como la descrita, de los mecanismos de control de la actividad e intervención. Y en ese nuevo diseño regulatorio se inscriben también, desde la perspectiva de su ilustración histórica, los principios y técnicas en que se apoya su régimen jurídico y económico en un nuevo marco de relaciones entre el Estado y la sociedad.

Por las razones antes expuestas, hemos querido subrayar la crisis eléctrica californiana por entender que reúne elementos especialmente característicos: es uno de los principales motores económicos no sólo de Estados Unidos sino del mundo, su modelo liberalizador fue considerado inicialmente por muchos expertos como avanzado y bien concebido, hasta el punto de que en no pocos extremos algunos de los factores básicos de su diseño han sido seguidos dentro y fuera de los Estados Unidos. Sin embargo, ha padecido un deficiente nivel de seguimiento o supervisión regulatoria combinando ineficiencias técnicas y excesiva politización y, en consecuencia, los resultados perversos o negativos de su crisis por falta de “sensibilidad regulatoria” y capacidad de revisión y rectificación condujeron a la quiebra a grandes Sociedades, afectaron durante mucho tiempo a la calidad de vida de los ciudadanos del Estado en su condición de consumidores eléctricos y han perjudicado gravemente a la eficacia y prestigio del Estado. Y, lo que a nuestro juicio es muy importante: el sistema de liberalización -es decir mercado y regulación; competencia y pública supervisión- tardó mucho en reemprenderse, encauzándose sin embargo el modelo -probablemente de forma provisional- hacia otras alternativas, sin duda muy necesarias y válidas pero probablemente

⁶² Jorge Fabra, desde una visión crítica al enfoque ofrecido por los procesos de liberalización eléctrica, ha sostenido que el elemento fundamental en la configuración y funcionamiento del sector eléctrico es su caracterización como “sistema interconectado”, señalando que “en California, las causas del ridículo eléctrico no están en la falta de agua, ni en el crecimiento de la demanda, tampoco en las restricciones medioambientales ni en las crisis financieras (...) las causas del colapso de California deberían ser buscadas en la neo-liberalización de la industria eléctrica que ha ignorado las leyes físicas que gobiernan la electricidad y que ignora que ni la sequía ni la demanda ni la mala suerte nunca fueron admisibles como justificación para el desabastecimiento”. J.Fabra Utray, artículo publicado en el diario El País bajo el título “Esto es un disparate”. 17 abril 2001.

insuficientes a medio plazo, como la fuerte promoción de las energías renovables junto a las intensas medidas de ahorro y eficiencia energética.

Todo ello pone de relieve la significación de esta cuestión, dado que la regulación eléctrica tiene, a nuestro juicio, por su impacto sobre la vida económica y social, carácter de cuestión de Estado, por razones políticas, económicas, sociales, culturales e incluso geográficas. La energía, como antes destacábamos, ha sido tradicionalmente un capítulo reservado o asociado a la soberanía estatal; económicas⁶³ y sociales, por la significación que este sector tiene en el PIB⁶⁴, en los mercados financieros⁶⁵, y como input de un grandísimo número de procesos productivos; político- social, la energía eléctrica es un servicio esencial universal al que todos los ciudadanos deben tener posibilidad de acceso en condiciones abordables de precio y adecuada calidad, y es un factor económico-social muy importante para la creación directa e indirecta –y mantenimiento–, de puestos de trabajo.

4. DEL ESTADO PRESTADOR AL ESTADO PROVVISOR.

4.1. Planteamiento general.

Al agotamiento del modelo que sirvió de soporte y desenvolvimiento del sector eléctrico desde mediados del siglo XX han contribuido factores de muy diversa índole. Su

⁶³ Como anticipaba Pablo Benavides, el mercado europeo de electricidad y gas representa en el año 2005, 250.000 millones de euros, es decir, una cifra significativamente superior a la del mercado de las telecomunicaciones en Europa. Pablo Benavides Salas: *Las dificultades del mercado único de la energía*. Diario Expansión. 25.04.01.

⁶⁴ Como ha puesto de manifiesto José M^a García Alonso (“La Empresa en la Economía Mundial”, en el libro colectivo *Economía Mundial*, dirigido por Elvira Martínez Chacón. Ariel. 2002), la alta correlación existente entre el consumo energético y toda una serie de macromagnitudes se verifica tanto en el plano sincrónico como diacrónico. Así, desde la primera perspectiva, se puede comprobar cómo un destacadísimo porcentaje de la energía utilizada en el mundo es absorbida por los países más desarrollados. En 1960, América del Norte, Europa occidental y oriental y los países industriales del Pacífico consumían el 85% de la energía total; en 1999 ese alto porcentaje se había reducido unos doce puntos porcentuales pero seguía siendo muy elevado. Toda África (menos la República de Sudáfrica) consumía menos que Italia.

La correspondencia entre crecimiento económico y demanda de energía también se puede apreciar desde la perspectiva diacrónica, al existir una relación bastante estrecha entre el incremento del PIB y el consumo energético. a pesar –añadimos nosotros– de la caída de la demanda desde 2008.

⁶⁵ Las empresas energéticas del Ibex-35 español representaban en abril de 2004 una capitalización bursátil de 461.744.990, significando el 19,22% del citado índice.

punto central de referencia era el decisivo papel asignado al Estado en su planificación y gestión, apoyado en la existencia generalizada de monopolios estatales, así como en los instrumentos de control de la actividad sobre la base del reconocimiento como servicio público del conjunto de las actividades ligadas al suministro, la integración vertical de las actividades definidas como de “ciclo completo”, y la sustracción al libre juego del mercado de los mecanismos de retribución de la actividad.

El cambio de paradigma del modelo eléctrico, en sus elementos sustanciales, se corresponde con lo sucedido en otros sectores de la actividad económica, fundamentalmente en el ámbito estratégico o industrial. No cabe interpretar el proceso de liberalización del sector eléctrico, principalmente en la Unión Europea sin cohonestarlo a los principios, elementos, motivaciones y técnicas que han justificado y a través de los que se ha manifestado lo acontecido, también estos últimos años, en el sector de las telecomunicaciones⁶⁶, o de los servicios postales⁶⁷, o de los transportes en sus distintos subsectores, o de infraestructuras⁶⁸ pero fundamentalmente en el sector aéreo y parcialmente en el sector del ferrocarril, o de los servicios audiovisuales.

Encontramos en todos los sectores antes referidos, un proceso de convergencia común que responde en lo político a una reformulación del papel del Estado en la economía; en lo económico una reasignación eficiente de los recursos que oscilan su centro de gravedad desde los poderes públicos hacia el mercado, generalmente a través de procesos privatizadores de empresas públicas y la creación de Sociedades estatales que actúan en

⁶⁶ Directivas sobre libre intercambio de equipos y aparatos terminales (86/361; 91/231; 88/301); armonización de redes y servicios nacionales (89/387 y 92/44); que marcaron el preimer proceso de la apertura a la competencia en el sector (90/387; 90/388 y 96/19).

⁶⁷ Documento de la Comisión 39 de 6 de febrero de 1998, en calidad de Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de la competencia al servicio postal y sobre la evaluación de determinadas medidas relativas a los servicios postales.

⁶⁸ Ver, entre otras, la Comunicación de 23 de enero de 1991 denominada: “*Hacia unas redes transeuropeas. Programa de acción comunitario*”. Resolución de 1990 sobre tren de alta velocidad.

El Libro Blanco de 1993 sobre “*Crecimiento, competitividad y empleo. Retos y pistas para entrar en el Siglo XXI*”, que dedica un importante capítulo a las redes transeuropeas de telecomunicaciones, transporte y energía.

régimen de derecho privado; en lo técnico a la aceleración tecnológica⁶⁹ e industrial y en lo histórico a la general apertura a los procesos de internacionalización de las relaciones económicas derivada de la globalización y cuya manifestación en nuestro entorno geográfico supranacional es la creación del mercado interior europeo y la Unión Económica y Monetaria, y la ampliación de la Unión Europea a los países del Centro y Este del continente.

Siguiendo pues, una tendencia general presente en otros sectores que compartían su caracterización anterior como monopolios *de iure* o *de facto* y que reposan una parte fundamental de su actividad en “infraestructuras esenciales”, la transformación del sector eléctrico se ha centrado en la diferenciación entre aquellas actividades dentro del mismo susceptibles de directa introducción de mecanismos de mercado o rivalidad competitiva y aquellas otras que, manteniéndose en un régimen regulado, responden en su naturaleza a actividades de “red” o infraestructura y su estructura única y por tanto de dominio sobre el mercado, les permite habilitar sin embargo la competencia, al abrir su acceso a los restantes operadores, “los terceros”, pero bajo ciertas condiciones y supervisión intensa de los poderes públicos⁷⁰. Diferenciación o segregación de fases o actividades industriales que va más allá de la estricta separación entre gestor y operador en sectores regulados, en virtud del cual a aquél se confía la responsabilidad de las redes y a éstos el desarrollo de las actividades comerciales en libre competencia.

⁶⁹ Para comprender, con exactitud, la dificultad inicial que presenta la configuración de un mercado eléctrico debe partirse del conocimiento de las operaciones físicas que se desarrollan en una red de transmisión eléctrica integrada, dado que la electricidad fluye a través de una red de acuerdo con las leyes de Kirchoff, que el producto eléctrico no puede ser almacenado y que la demanda de electricidad fluctúa con gran rapidez en un amplio rango, así como que cada red experimenta congestiones en diversos momentos y localizaciones. Por todo ello, el desarrollo de los sistemas informáticos avanzados ha permitido resolver técnicamente problemas que hubieran sido inabordables antes de la revolución de los sistemas de información –algoritmos matemáticos capaces de caracterizar el funcionamiento de las redes de transmisión y determinar en tiempo real cálculos de oportunidad de costes, curvas de carga y “condiciones de despacho eléctrico”–.

⁷⁰ Jean Syrofa ha reflejado gráficamente este cambio desde la perspectiva de la alteración de los instrumentos de interés general y la titularidad de derechos en los siguientes términos: “*la liberalización entraña, en realidad, una suerte de ‘expropiación’ del derecho exclusivo del usuario de las redes que se beneficia del monopolio, para instituir un derecho de acceso de todos los terceros a las redes, de manera equitativa, transparente y no discriminatoria*”. En *Le Monde Economie*, pág. 6, artículo titulado “Service public de l’électricité: faux débats et vrais enjeux”.

El resultado final de este tipo de aproximación es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal.

Por lo que se refiere al sector eléctrico este cambio regulador, siguiendo el modelo general antes expuesto, ha significado una diferenciación básica entre las actividades de red que permiten el transporte y distribución de la electricidad, por una parte, y las actividades de generación y comercialización de la misma, de otra. Las primeras, se considera que mantienen características de monopolio natural en el caso del transporte por lógicas exigencias de seguridad y fiabilidad técnica y por economías de escala y en el caso de la distribución las vinculadas o referidas a la gestión y extensión de la red sobre un determinado territorio. Por el contrario, respecto a la generación y comercialización se ha asistido en los últimos años a un cambio de orientación, impulsado en el primer caso, por la introducción de nuevas tecnologías productivas caracterizadas por menores tamaños mínimos de planta⁷¹ y, por lo tanto, requerimientos de inversiones, con evidentes efectos regulatorios de apertura de la competencia de estas actividades y de sus principales prestaciones, que han permitido el diseño de mercados organizados o “mayoristas” del lado de la producción, y mercados “minoristas”, donde los comercializadores deben rivalizar en la venta del producto electricidad a los consumidores finales. Y, donde se está gestando un cambio de modelo o submodelo de extraordinaria importancia, que alterará, en buena medida las modalidades tradicionales de relación jurídica, económica y regulatoria, entre productores y consumidores.

La regulación debe garantizar en todo caso, la existencia de acceso a las infraestructuras de red o de paso de energía eléctrica, y que las transacciones- físicas,

⁷¹ Tomás Gómez San Román señala que “durante los últimos años hemos asistido a una carrera entre fabricantes de centrales de generación basadas en ciclos combinados (turbina de gas + turbina de vapor) que ha significado conseguir eficiencias que pueden llegar hasta el 60%, cortos períodos de construcción (dos o tres años) y bajos costes de inversión. Estos avances, junto con los bajos precios del gas natural y el desarrollo de redes para transportarlo, han convertido a esta tecnología como la predominante en el nuevo modelo de mercado eléctrico. T. Gómez San Román. “Mercados eléctricos y desarrollo sostenible”. Instituto de Investigación Tecnológica. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1999. Sam Glasser subraya la existencia de tasas de eficiencia del 40 y 50% de los ciclos combinados y señala que General Electric apuesta por índices del 60% en la última generación de equipos. La combinación de esos niveles de eficiencia con el menor coste de capital (entre 350 y 400 dólares por kW construido) y un período de construcción mucho menor (de 24 a 36 meses) constituyen datos revolucionarios en la producción de la electricidad. *Deregulated industries, new technology gave rise to utility competition*. Energy in the News. 1996.

financieras y/ o puramente contractuales- que a través del mismo se verifiquen se lleven a cabo sin discriminaciones, con criterios objetivos, reglas transparentes, y a cambio de una remuneración adecuada⁷².

La significación y alcance del cambio que se ha propugnado en los principales sectores económicos del Estado estos últimos veinte años, se traduce en el hecho de su evolución o tránsito del monopolio a la competencia. Cruce de frontera que requiere una extraordinaria precisión en los principios que se invocan, los objetivos perseguidos y las técnicas e instrumentos que lo hagan posible, ya que cualquier error grave de apreciación en la dinámica de cambio originaría graves consecuencias para el cuerpo social difíciles de asumir política, económica, financiera e incluso jurídicamente, como hemos podido observar y analizar en el caso californiano, y en otros casos, incluido en algunos supuestos, desde la sostenibilidad financiera del sistema, el español de la Ley 97 y sus sucesivas reformas hasta 2014. Por eso entre los principios en que se apoya, formal y mantenidamente desde el inicio, este proceso, está el de la gradualidad, y la razonable previsibilidad de cada uno de los cambios principales del modelo coordinados tanto separadamente como en sus relaciones de conjunto, cuando se deben integrar, por motivos técnicos, económicos o jurídicos, en el concepto de “sistema” eléctrico. Gradualidad acelerada, transición sin ralentización, pero exigiendo la incorporación e interpretación del factor tiempo como un elemento central también en la concepción de la reforma y cambio de modelo⁷³.

Dicha gradualidad permitiría, también desde el punto de vista jurídico, además de fundamentarse en el principio de confianza legítima que permite recorrer, al doble amparo

⁷² Como sostiene Borja López-Jurado Escribano, los sectores regulados presentan importantes condicionamientos que se podrían denominar industriales. Entre otros, el hecho de que las instalaciones de producción y almacenamiento, las infraestructuras de transporte y distribución requieren inversiones muy elevadas y tienen –esto sería un condicionamiento económico- dilatados períodos de amortización. Este dato determina el que concretas fases del suministro de energía deban ser consideradas monopolio natural, excluyéndose de la competencia a la vez que se establecen reglas de acceso objetivas, transparentes y no discriminatorias. Las fuertes inversiones reclaman expectativas razonables de recuperación de los capitales invertidos y de rentabilidad. *Energía y cooperación entre las Administraciones Públicas*, en la obra colectiva “La nueva regulación eléctrica”. Civitas. 2002.

⁷³ Robert Priddle, ex Director Ejecutivo de la Agencia Internacional de la Energía, ha destacado que “muchas características de los mercados eléctricos continúan necesitando ‘regulación’, y eso será cierto más allá de la fase de transición de los nuevos mercados competitivos”. En la presentación de la publicación de la OCDE (Agencia Internacional de la Energía) “Regulatory Institutions in liberalised electricity markets”. París, 2001. Pág. 3.

del principio de legalidad y del de seguridad jurídica, el camino que cubre la distancia entre la intervención y la regulación o reestructuración señalada, y establecer un pertinente juego de balances y contrapesos entre dos bienes fundamentales e irrenunciables en la configuración jurídica y económica del proceso de cambio del nuevo modelo de regulación: el principio de la libre competencia y las exigencias del interés general en el suministro eléctrico, expresadas a través de las concretas obligaciones de servicio público e incorporadas a determinadas prestaciones y actividades del mismo.

Por ello desde la perspectiva jurídica esta reforma contempla diversos, y a veces distantes, principios que reclaman, sin embargo, un mismo tratamiento de cobertura y defensa: desde el fortalecimiento de las obligaciones o misiones de servicio público o la presumible afectación al principio de propiedad privada por razones de interés general; al reconocimiento expreso de la libre circulación de productos (que permite a terceros prestar un servicio a los consumidores a través de redes que no les pertenecen). Todo ello exige, naturalmente, una reformulación conceptual que nace, a nuestro juicio, en todo caso de una parte en lo económico de los fines del Estado, o si se prefiere a la superación de los monopolios jurídicos, es decir, la supresión de un privilegio de exclusiva “*de iure o de facto*” sobre el conjunto de la actividad mediante su revocación o despublificación, para transferir su responsabilidad de gestión a la iniciativa privada (al menos en todo cuanto no sea monopolio natural, y aún en estos casos), manteniendo sólo por razones de racionalidad técnica y económica monopolios “naturales”⁷⁴ que aseguren, en virtud de una adecuada regulación⁷⁵, la rivalidad del producto que circula a través de una única infraestructura⁷⁶, superadora en su concepción de la antigua de monopolios públicos⁷⁷.

⁷⁴ A. Kahn (1990) en *The Economics of Regulation* reconoce que los monopolios naturales tienden a disminuir sus costes unitarios con la producción. La causa principal de esta tendencia estriba en la necesidad de realizar grandes inversiones para posicionarse favorablemente y para atender la demanda del consumidor. Por ejemplo, la electricidad necesita disponer de una infraestructura mínima (tendido eléctrico desde cada punto de suministro hasta cada punto individual de consumo), antes de poder vender el primer kilovatio, es necesario incurrir en costes fijos independientemente de la cantidad de energía vendida y los costes medios disminuyen al aumentar el número de unidades vendidas.

⁷⁵ DEVOLUY, Michel. *Les Politiques Economiques Europeennes*. Inedit. Economía. Ediciones Le Seuil. París 2004.

“Dado que en una Industria los rendimientos son crecientes, es deseable que una empresa única suministre la totalidad del mercado. Esta situación corresponde bien a las Industrias de Red (distribución de agua, de gas, de electricidad, telecomunicaciones, transporte por vía ferroviaria y transporte por vía férrea). Los costes fijos son particularmente elevados en comparación con los costes variables: la variación de coste

Como ha puesto de relieve el Banco Interamericano de Desarrollo, especialmente desde mediados de los noventa, la situación de cambio de modelo energético y los impactos

ocasionada por la variación de una unidad suplementaria del bien es muy débil, prácticamente nula. En ese caso, cuanto más produce la Compañía menor es el coste medio. Por tanto parece adecuado desde el punto de vista económico que una sola empresa suministre al conjunto del mercado. El imperativo de la eficacia económica conduce así a aceptar la Teoría del monopolio, la noción del monopolio natural. Evidentemente un monopolio no puede quedar libre de todas sus decisiones. Un monopolio natural debe estar controlado por los poderes públicos a fin de que no tome ventaja de su situación y aprovechándose de estas rentas.

Como continuación de los trabajos de W. Baumol, J. Panzar y R. Willig, en 1982, la Teoría de -Los Mercados Contestables- (Contestable Markets)- conduce a modificar profundamente la proximación tradicional relativa a los oligopolios y a los monopolios. Otros autores han puesto de manifiesto que una competencia potencial puede ser incluso más eficaz que la competencia en si misma”.

⁷⁶ El llamado “monopolio natural” acuña un concepto económico que se expresa jurídicamente en la doctrina de “acceso” o de las “essential facilities”. Naturalmente, en términos jurídicos el monopolio es la reserva jurídica o de facto de una actividad. Desde el punto de vista económico se produce un monopolio natural cuando la tecnología de producción –costes fijos altos en términos relativos– produce costes medios decrecientes a largo plazo, a medida que aumenta la producción. En tales industrias, un sólo productor será capaz de producir a costes más bajos que varios productores produciendo alternativamente, consiguiéndose así un monopolio natural pues, en caso de que haya más de un productor, los precios serán más altos. El monopolio natural se deriva de la existencia de externalidades de red (*network externalities*).

En cuanto al concepto de monopolio natural, Miguel Angel Lasheras en *La regulación económica de los servicios públicos*, Ariel Economía 1999, lo considera el principal argumento para defender la regulación en los servicios públicos. Así, un monopolio es natural cuando una determinada tecnología impone una función de costes según la cual resulta más caro producir la cantidad demandada de un determinado bien o servicio por dos o más empresas que por una sola. La red de alta tensión constituiría un ejemplo de monopolio natural porque transmitir electricidad a alta tensión es más caro cuando se realiza utilizando varias redes de transporte no conectadas entre sí que cuando se utiliza una sola.

⁷⁷ F.F. Sintes Olives y F. Vidal Burdils establecían en 1933 (*La industria eléctrica en España*, Vol. I, Cap. XI, págs. 304 y ss. Ed. Montaner y Simón. Barcelona) la siguiente clasificación de monopolios en la energía eléctrica:

Clases de monopolios

Una de las formas más corrientes de intervención del Estado, región, provincia o municipio en los servicios eléctricos es el monopolio, que, para impedir la libre competencia entre empresas, adopta distintas formas según el alcance de la acción monopolizadora.

a) Monopolio absoluto de propiedad y de explotación. Reserva de todos los derechos de producción, distribución y venta de energía eléctrica.

b) Monopolio parcial de propiedad y explotación. Reserva de los derechos de producción y transportes de alta tensión, dejando en manos de empresas privadas, generalmente de carácter local, la distribución y venta.

c) Monopolio de propiedad. Reserva de la propiedad de las centrales generadoras, instalaciones y líneas, dejando en manos de empresas privadas su explotación.

d) Monopolio de explotación. Concesión especial a determinadas empresas para explotar el servicio eléctrico dentro de determinado territorio y por cierto número de años.

estratégicos de este cambio de modelo, nos revelan el nuevo papel reservado para el Estado en el ámbito económico en esta área. El impacto de la crisis de los años ochenta puso en evidencia el agotamiento del modelo tradicional de abastecimiento basado en monopolios estatales y en el subsidio indistinto al consumidor. El deterioro en las tarifas y los precios de la energía, la ausencia de incentivos para la eficiencia y el agotamiento de las fuentes tradicionales de financiamiento condujeron a una crisis financiera en el sector eléctrico de casi todos los países de la región.

Las reformas que los países de América Latina emprendieron –sigue señalando el Informe de este Organismo– para salir de la crisis que presentaba el sector estuvieron enmarcadas dentro del contexto general iniciado con las reformas macroeconómicas que buscaban la estabilización de precios a través del equilibrio fiscal. Estas reformas se nutrieron de la aceptación casi universal del nuevo papel del Estado en la economía, de la eventualidad de obtener cuantiosos recursos para el tesoro público provenientes de la venta de activos, de una aceleración del progreso técnico en la producción, transmisión, medición y uso de energía y de una nueva visión que permite considerar estos productos como una mercancía en lugar de un bien estratégico. Como resultado, el sector energético de la región experimentó durante la última década profundos cambios en su marco institucional, organizacional y regulador. Estos cambios iniciaron la transición hacia un sector más competitivo y con alta participación privada, aunque con grandes diferencias en el ritmo de implantación e incluso con importantes problemas por resolver, como la sostenibilidad ambiental y social de las reformas.

Es decir, el modelo de cambio encuentra su razón de ser en la crisis profunda del contenido económico del Estado de Bienestar en la vertiente gestora o empresarial del Estado, que se manifiesta desde comienzos de los ochenta en diversas áreas de prestación de actividades económicas. O dicho en otros términos, la crisis del Estado como gestor empresario, no como supervisor o garante del bienestar económico, y el correlativo impulso a los procesos de liberalización y apertura a la competencia. La desconfianza hacia la intervención del Estado, así como la convicción de que el incremento de la competencia y eficiencia de los mercados reclama menores intervenciones, junto al proceso de globalización económica y el correspondiente paso de los mercados financieros internacionales –sin perjuicio de sus riesgos el alcance de la gravísima crisis padecida por falta de control regulatorio en 2008– son factores que influyen en el citado fenómeno

liberalizador⁷⁸. Además, debe tenerse en consideración, que a pesar de los diversos cambios políticos acaecidos estos últimos años en los países Iberoamericanos, la crisis financiera internacional que irrumpe, en los mercados occidentales en el año 2008, apenas alcanza en sus efectos negativos a la mayor parte de las economías latinoamericanas, que han seguido observando tasas de crecimiento económico positivas.

En nuestro espacio europeo, el proceso de liberalización del sector eléctrico ha introducido un cambio profundo en ideas, técnicas y modelos, como trataremos de detallar seguidamente, y alguna confusión conceptual y terminológica, derivada, en parte, de la propia dinámica acelerada de la reforma, así como de la convivencia de tradiciones jurídicas diferentes entre los Estados. La consecuencia más directa de este riesgo de confusión o deficiente identificación de categorías, técnicas y conceptos es el de utilizar como sinónimas o intercambiables aquellas realidades o términos que no lo son en absoluto e incluso que adquieren su mayor grado de utilidad o valor precisamente por el matiz diferencial que traza sus lindes con otro tenido por semejante. Así vemos cómo se utilizan, en ocasiones, indistintamente los conceptos de liberalización, apertura a la competencia, reestructuración, regulación o desregulación, u otros términos conexos⁷⁹ -a veces, sin embargo, bien matizados por las instituciones europeas en sus trabajos preparatorios o normativos-⁸⁰ como si fueran expresiones que encierran un mismo significado sin advertir suficientemente su diferente carácter, naturaleza y alcance, o el hecho de que sean fases, capítulos o ideas distintas pero compatibles de un mismo proceso.

⁷⁸ Ver Jaime Abella Santamaría: *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Dykinson. 2003.

⁷⁹ En este sentido es imprescindible referirse a la “autorregulación”, a la que dedicamos una especial atención al analizar el proceso de formación histórica del Derecho eléctrico español, con el ejemplo de Unesa.

En el sector de los transportes se ha desarrollado el concepto de competencia controlada (con derechos exclusivos adjudicados mediante concurso y vigentes tan sólo por un período temporal limitado).

⁸⁰ La Comisión Europea en una Comunicación sobre aspectos medioambientales (Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, sobre “Los acuerdos medioambientales concluidos a nivel comunitario dentro del marco de actuación: Simplificar y mejorar la reglamentación medioambiental”. COM(2002) 412 final, de 17.7.2002) ha trazado la distinción entre autorregulación (que no implica la adopción de acto legislativo alguno) y la coregulación (en la que se combina la voluntariedad de los destinatarios de una norma con el marco legislativo que le sirve de referencia, categorización que entiendo de especial relevancia a los efectos de nuestro estudio. También en la esfera de los servicios audiovisuales el concepto co-regulación está teniendo un tratamiento específico (ver, por ejemplo, el Informe Mandelkern, 13 de noviembre de 2001).

Este ejercicio de confusión o falta de claridad en el uso de determinadas expresiones calificadoras del proceso liberalizador, no está en ocasiones exento de premeditada voluntad, ya que el calificar con una u otra expresión, en principio formalmente equivalente aunque materialmente distinta, permite valorar como más avanzadas o regresivas las normas adoptadas, más transparentes u opacas las conductas de los operadores, más beneficiosas o menos las ventajas para los consumidores.

Entiendo, sin embargo, que la pieza fundamental de la transformación del sector y su novedad principal es precisamente la identificación del concepto “regulación”, determinar su significado y alcance, sus orientaciones principales, que a nuestro juicio responden a la necesidad de garantizar un mercado libre, es decir, abierto a la competencia y seguro, es decir, sin problemas de abastecimiento, regularidad o falta de calidad del servicio, pudiendo los restantes conceptos definirse o identificarse a través de su relación con este concepto⁸¹. Como señalara Peter Neumann, sólo si se logra someter incluso las más inasequibles medidas administrativas de regulación económica a una ordenación jurídica firmemente estructurada se podrán evitar abusivas invasiones de la libertad de acción económica⁸².

Con la nueva regulación, por su impulso liberalizador o despublificador, se provoca, al menos en una primera etapa, un efecto de desregulación o desintervención de los mecanismos de control de las actividades públicas tradicionales sobre el sector que, como en el caso de España, pasó de ser un sistema coherente pero cerrado, a un sector más abierto al libre juego del mercado, modelo que, en sustancia permanece, aunque con desequilibrios internos y asimetrías importantes en su tejido de desarrollo.

⁸¹ Pedro Meroño ha afirmado que se habla permanentemente de regulación en España y en la Europa del derecho continental aceptando términos que nos vienen del mundo anglosajón y, específicamente, de Estados Unidos. Nos vienen de un sistema jurídico, económico y social muy distinto al continental europeo, para designar, en líneas generales, los sistemas habilitados para actuar en relación con determinados servicios, que eran privados en USA y que en Europa eran servicios públicos, gestionados en régimen de monopolio, con total intervención administrativa y, más concretamente, para designar los sistemas utilizados en los procesos de liberalización y de apertura al mercado de dichos sectores de actividad.

⁸² Peter Neumann: *La Administración reguladora de la Economía*. Estudios Administrativos. Madrid. 1967.

La reestructuración del conjunto de las empresas del sector y de cada una de ellas, es un efecto claro de una de las medidas principales de la nueva regulación⁸³, normalmente en razón de medidas ad intra, aunque con repercusión también, en el conjunto del sector sobre el que se actúa. Así, la separación de actividades, que obliga a los operadores a organizar o estructurar su empresa –normalmente definida como grupo de sociedades– de manera sustancialmente diferente desde las perspectivas económicas y contables, comerciales y naturalmente jurídicas. Y la reordenación es el cambio que provoca en la antigua ordenación o configuración jurídica e institucional del sector, el significado de la nueva regulación, disponiendo a los actores en posiciones relativas distintas ad extra, al aumentar o disminuir el tamaño de su Empresa, o su importancia relativa dentro del mercado o su incidencia geográfica, etc. Dicho más claramente, la reordenación y reestructuración sectorial ocasionada por un proceso de liberalización normalmente alterará el número de Compañías que conformen el mismo, bien sea provocando un movimiento de concentración o bien de atomización, por segregación de actividades e incluso de unidades o instalaciones de producción. Desregulación, en el sentido anglosajón, como liberalización, en la comprensión europea del concepto, apertura a la competencia como instrumento al servicio de la mejora de la gestión por rivalidad y capacidad de elección para los consumidores que habilitará, lógicamente, ante la mayor pluralidad y calidad de las ofertas, posibles bajadas de precios; reestructuración como proceso interno del sector y de las empresas eléctricas inducido por la presión exterior –mayor competitividad– y regulatoria –separación de actividades- y reordenación o reajuste del mapa sectorial que se ensancha por el número de actores o se concentra en razón del nuevo marco territorial y normativo del espacio europeo. Regulación, finalmente, como conjunto del proceso, como suma o resultante de todo lo anterior y apertura de un nuevo sistema o modelo económico sectorial definido también por

⁸³ En su Libro Verde sobre la Energía de 1995, la Comisión afirmaba que los mercados de la energía se estaban reestructurando en el mundo entero en razón de la introducción de la competencia entre los productores, la transparencia en la organización del sector y funcionamiento de las empresas; la definición del rol y de la intervención de las autoridades públicas y los movimientos hacia la privatización.

Cinco años después, en su Libro Verde sobre el suministro de energía de 2000, la Comisión afirma que “las empresas tradicionalmente monopolistas de los sectores del gas natural y de la electricidad se han adelantado a la apertura de los mercados. Frente a la competencia, han emprendido una reestructuración profunda. Se trata de un movimiento ineludible provocado, como en otros sectores económicos, por el mercado interior”.

Como puede observarse, la conexión entre apertura a la competencia y realización del mercado interior es un referente central en el proceso liberalizador eléctrico.

el correspondiente nuevo marco jurídico. Y regulación sobre todo, pues, como diseño de un nuevo marco normativo, con nuevas reglas de juegos y nuevos actores que supervisan o impulsan el modelo: las Comisiones o Agencias reguladoras.

Trataremos pues en las páginas siguientes de describir brevemente esta crisis económica del Estado, para pasar más tarde a examinar algunos conceptos y técnicas que acompañan la gestación y desarrollo de estos procesos de liberalización, como, en nuestro caso, el del sector eléctrico.

Intentaremos, pues, continuar esta reflexión inicial sobre el significado actual de la regulación, para estudiar, a continuación, el análisis de la incidencia que el Derecho comunitario a través de los Tratados y la realización del mercado interior, ha tenido como elemento movilizador central, desde la fuerza de los principios de primacía y efecto directo desde el Acta Única Europea, en este camino de reestructuración del sector eléctrico europeo, y avanzaremos a continuación en el análisis del régimen jurídico-eléctrico español actual, concluyendo este trabajo con una aproximación al estudio de las Comisiones Reguladoras en el ámbito energético, como parte institucional central del nuevo modelo de configuración jurídico-eléctrica, y arco de bóveda de su Gobernanza. Nuevos principios pues, nuevas técnicas habilitantes de la regulación sectorial, nuevas autoridades de supervisión y control, desbordando el marco conceptual preexistente.

4.2. Los fines del Estado y la crisis económica del Estado del Bienestar.

La crisis de los mercados financieros de 1929 planteó en Estados Unidos el dilema de sustraer los sectores clave, como el de la energía eléctrica, de las oscilaciones del mercado a través de la propiedad pública o bien intensificar la actividad reguladora del Estado, optándose por esto último a través de la política de “New Deal”, que desarrolló un ambicioso plan de construcción de centrales hidroeléctricas.

Como afirma Stiglitz, un Estado preocupado por el devenir económico data ya de la era mercantilista, pero a través de la política de New Deal aparece un concepto de compromiso nuevo del Estado frente a la sociedad civil: se imponen determinados objetivos de política económica en el camino hacia una más justa asignación de los recursos

disponibles, que nos dibujan los rasgos del nuevo Estado que trata de propugnar una mayor justicia social y que anticipa la teoría del Estado del Bienestar⁸⁴. En el Reino Unido es

⁸⁴ En la doctrina europea el comienzo de esta mayor preocupación social del Estado se engarza al establecimiento de un sistema, siquiera muy limitado, de Seguridad Social creado en la Alemania de Bismarck. En nuestro país el origen del Estado del Bienestar, si atendemos a este criterio debe situarse, si bien con no pocos matices, en las primeras estructuras de previsión social diseñadas por la Dictadura de Primo de Rivera. En aquel contexto, y por Real-Decreto Ley de 12 de abril de 1924 se declara servicio público el suministro de energía eléctrica a los abonados de empresas de distribución.

Los profundos cambios sociales del primer tercio del siglo XX (*Jean Rivero: Les régimens des nationalisations. París, 1948*) obligan a las autoridades a dar respuestas alternativas a la tradicional política de orden público a través de medidas de índole económica y así puede entenderse que el Estado del Bienestar es el resultado de un gran pacto social que busca un punto de equilibrio entre las reglas fundamentales de la economía de mercado (propiedad privada, libertad de empresa y libre competencia) y ciertas garantías sociales que obligan a la extensión del gasto público para la creación de sistemas nacionales de salud y previsión social.

El Estado de Bienestar había empezado a perfilarse desde finales del siglo XIX al emerger la preocupación por la atención que desde los poderes públicos debiera prestarse a los ciudadanos, trayendo consigo en algunos países la formulación de las primeras medidas de asistencia universal de seguridad y protección social, con las que se trataba de satisfacer o cubrir, siquiera inicialmente, las necesidades personales y familiares más inmediatas, como la salud, el infortunio y la pobreza, la educación y garantizar, en lo posible, un salario adecuado, aspirando a una política de redistribución de la riqueza. La aparición en aquel momento de la teoría o doctrina del Estado providencia, y el planteamiento de creación de un amplio sistema de Seguridad Social, apoyada en tres tipos de asistencia: sanitaria; a los accidentes de trabajo; y a la invalidez y vejez, podría considerarse, desde la perspectiva actual, como un ensayo burocrático y paternalista, pero sin duda sirvió en aquel momento como mecanismo de estabilidad, seguridad y paz social (*desde el punto de vista doctrinal existe una abundantísima bibliografía, pero a nuestros efectos nos limitaremos a citar el Traité de Droit Constitutionnel, de L. Duguit. Ed. Brocard. París. 1928*).

Los británicos plantean en aquellos momentos el problema desde otra perspectiva y bajo otra denominación. El “Informe Beveridge”, de una parte, y los planteamientos del Arzobispo de Canterbury, William Temple, de otra, están en la raíz de la reflexión y creación sobre el *Welfare State* (*señala Friedrich A. Hayek que el término Welfare State responde la traducción literal del término alemán Wohlfahrtsstaat, subrayando que este último se empleó como variante del concepto de Estado-policía (Polizeistaat). Ver F.A. Hayek: Los fundamentos de la libertad. Unión Editorial, S.A. Madrid*), con el propósito de mitigar las consecuencias sociales negativas de la política económica tradicional. Así se adoptan distintas medidas reformistas, como las llevadas a cabo por el Gobierno McDonald con la Housing Act de 1930 (Ley de saneamiento y mejora de la vivienda); la Agricultural Marketing Act de 1931 (Ayuda a las Comunidades Agrarias) o la Education Bill (*en Estados Unidos se verifican las medidas legislativas derivadas del New Deal de Roosevelt, con la aprobación de la Agricultural Adjustment Act, la National Industrial Recovery Act, la Food and Drug Act y la creación de la Tennessee Valley Authority. Ver Roosevelt “Looking Forward”. Londres 1933; Schlesinger “La era de Roosevelt”. Vol. 2. 1968. F.A. Hayek afirma en Los fundamentos de la libertad, que cuando F.D. Roosevelt sigue los pasos de Bismarck y Lloyd George, el terreno norteamericano se encontraba, en forma similar, excelentemente preparado, y el uso hecho por el Tribunal Supremo, a partir de 1937, de la cláusula “general welfare” de la Constitución condujo a la adopción del término “welfare state” (Estado-providencia) ya en uso en todas partes*).

Las técnicas jurídicas que reforzaban la visión política expuesta se apoyan en el continente en la afirmación del concepto de servicio público, con ciertas matizaciones. Así, a diferencia del Derecho francés que contaba con el concepto de “servicio público” (*recoge Forsthoff la definición de Bonnard “Precis de droit public”: “Los servicios públicos son las empresas asumidas por las autoridades administrativas del Estado, del Departamento o del Municipio, destinadas a proveer, directa o indirectamente, de prestaciones a los particulares”. El concepto tradicional de servicio público trae causa en la doctrina jurisprudencial de las primeras Arrêt, (Blanco, Terrier, Therond, Feutry, Fons Colome y Jollie) dictadas entre finales del siglo XIX y*

paradigmático el contexto en el que se produce –y sus efectos– el Informe Beveridge. La reacción en otros países europeos, no es plenamente correlativa, de acuerdo con las tradiciones jurídicas y económicas de cada nación. Así, en Francia y Alemania estos acontecimientos refuerzan, en un caso, el concepto tradicional de servicio público y, en el otro, el “*daseinvorsorge*” o cobertura de las necesidades básicas del ciudadano a través de las funciones estatales. Un “Estado asistencial” que provee y presta servicios básicos a los ciudadanos, de forma directa.

Así, una de las funciones que el Estado social realiza para cumplir sus fines es la de intervención económica, que *“no se limita a acciones parciales o intermitentes, sino a algo mucho más generalizado y permanente. Es una actividad continua e institucionalizada con arreglo a un programa pormenorizado y de largo alcance... que coloca a disposición del Estado una serie de instrumentos que incrementa el poder estatal mediante la incorporación de un nuevo poder: el poder económico”*⁸⁵.

Así pues, desde que William Beveridge publicara, en 1942, inspirado por las tesis keynesianas, su *Full employment in a free society*, sosteniendo en exacta correspondencia con el título de su Informe, la tesis de que el Gobierno debería hacerse responsable de

comienzos del XX por el Consejo de Estado y el Tribunal de Conflictos de la República francesa), el Derecho alemán carecía del concepto correspondiente, por lo que Forsthoff propuso el de “*daseinvorsorge*” (“asistencia vital”), porque aunque el ámbito de esta asistencia excede con mucho el campo del Derecho Administrativo y comprende funciones estatales asignadas a otras disciplinas, esto no es sino un argumento para la íntima relación entre éstas y aquél. Desde la perspectiva de esta doctrina jurídico-pública, todas las prestaciones llevadas a cabo por la Administración en favor de los ciudadanos son formas de la asistencia vital. El hombre moderno está vinculado en tan elevada medida a determinadas prestaciones, como el agua, la electricidad, el gas y los medios de transporte, que desde tal perspectiva, todo lo que acontece del lado de la Administración para poner en el disfrute de prestaciones útiles a la generalidad o a un sector de personas definido por características objetivas, es asistencia vital.

⁸⁵ Lucas Verdú. “Las transformaciones sociales del Derecho político actual”. Publicaciones del Real Colegio Español de Bolonia. Barcelona 1985. A juicio de este autor el Estado moderno occidental se caracteriza por ser una estructura política condicionada por la masificación. Ello supone varias consecuencias. En primer lugar, la uniformización u homogeneización de algunos supuestos políticos de la convivencia: igualdad jurídica, social, cambio en la justificación de ciertos derechos políticos y sociales que ahora se explican mediante la transformación social que la masificación implica; necesidad de una política social para todos y no para una clase social oprimida; transformación del Estado liberal de Derecho, apoyado en la burguesía en un Estado social de Derecho que se fundamenta en la convivencia de múltiples grupos sociales calificados por su función. Lucas Verdú, en Nueva Enciclopedia Jurídica, término “Estado”, pág 852.

asegurar un nivel de empleo pleno y estable, han sido muchas las transformaciones – parafraseando a García Pelayo- que ha sufrido el Estado contemporáneo⁸⁶.

Como ha resumido Beatriz González Moreno, desde la perspectiva jurídico-constitucional el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho, se ha ido verificando a través de tres estadios o hitos históricos concretos: el primero es la lucha por la limitación del poder buscando someter su ejercicio a ciertas formas jurídicas, por lo que el concepto de ley y sus notas distintivas es la médula de esta elaboración. Junto a ella, se consolidará el principio de la división de poderes, la independencia de los tribunales y la garantía de ciertos derechos fundamentales anudados a la idea de la libertad civil. En un segundo momento, se plantea la lucha contra “las inmunidades del poder”, estudiada y expuesta magistralmente por E. García de Enterría⁸⁷. Los principios del Estado de Derecho, de orden constitucional, alcanzan a la Administración pública, a los efectos de su sometimiento pleno a los dictados del control de legalidad en sus actuaciones. La tercera fase entra en la problemática de las garantías jurídico-sociales, y de las nuevas responsabilidades y funciones del Estado como Estado social de Derecho.⁸⁸

⁸⁶ A pesar del tiempo transcurrido, la actualidad de los trabajos de Beveridge ha sido subrayada recientemente por Ricardo Montoro en los siguientes términos: “Su vigencia en muchos aspectos obliga a un redescubrimiento, eliminando aspectos de su trabajo y de su visión que estaban anclados necesariamente en un mundo que ya no existe. Más de veinte libros e informes, folletos y un gran número de artículos periodísticos componen el conjunto de su dilatada obra. Y sobre todos ellos destacan tres trabajos fundamentales, como son el libro *Unemployment: A problem of industry* (1909), y dos informes: *Social Insurance and the Allied Services* (de 1942, conocido con el acrónimo SIAS) y *Full Employment in a Free Society* (1944). Estos textos, que ya son clásicos, han situado en un injusto segundo plano otros cuatro textos que tienen gran importancia a la hora de valorar y conocer el alcance de la política social moderna que se hace en Europa, y por extensión, de la que se hace en cualquier país que haya desarrollado algún modelo de Estado de Bienestar. Nos referimos a *British Food Control* (1928), *Tariffs* (1932), *Voluntary Action* (1948) y *Evidences for voluntary Action* (1948). De cualquier forma, el informe SIAS, de 1942, ha pasado a la historia como uno de los informes técnicos de mayor trascendencia: sirvió para perfilar el sistema de seguridad social británica después de 1945, para varias generaciones, y además, sirvió como ejemplo o paradigma para los demás modelos de Estado de Bienestar que se configuraron en Europa en las siguientes décadas”. (“*El Estado de Bienestar Moderno*”. Ricardo Montoro Romero. Pág. 132 de la obra colectiva “Las Estructuras del Bienestar en Europa”. Civitas. 2000).

⁸⁷ Ver el trabajo del mismo título de E.García de Enterría, “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. Civitas Madrid 1983.

⁸⁸ Así lo expone Beatriz González Moreno, en su trabajo sobre “El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los Derechos Sociales” Editorial Civitas 2002, págs. 51-54, recogiendo y sintetizando las aportaciones doctrinales de, entre otros, E. Benda (El Estado Social de Derecho); E.Forsthooff (Concepto y esencia del Estado social de derecho, en la obra colectiva W.Abendroth/E.Forsthooff/K.Doehring, “El Estado Social”, editado por el Centro de Estudios Constitucionales; E.García de Enterría “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, 1983; A.Garrorena Morales, “El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho”. Tecnos, Madrid, 1984, y F.Rubio Llorente “La Constitución como fuente del Derecho, en la Constitución Española y las fuentes del Derecho.

El protagonismo de los poderes públicos, y en general del Estado como representación jurídico-política de los mismos, ha puesto de relieve, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, la presencia expansiva de aquellos en los distintos ámbitos de la vida económica y social. Una de las notas características del último medio siglo ha sido el crecimiento del sector público, en términos de PIB, en la mayor parte de los países europeos, y por tanto también en España, el amplio radio de acción de intervencionismo administrativo, el fenómeno de las nacionalizaciones y los monopolios públicos, y el papel del Estado-empresario⁸⁹.

Sin embargo, y en el capítulo de los defectos o perversiones del modelo creado durante aquel tiempo, se encuentra muy destacadamente el deficiente resultado de la gestión pública a través de la función empresarial directa por parte del Estado, conjugando en una sola mano la provisión y la prestación de los servicios de interés general⁹⁰.

⁸⁹ A comienzos del siglo, el control y la asignación de recursos por el sector público eran relativamente modestos: 7,3% del PIB en 1902 en Estados Unidos, 15,3% en 1901 en Alemania, 18% en 1900 en Japón, y 8,7% en España. Las funciones asignativa, compensatoria y redistributiva han llevado a tal expansión presupuestaria que en 1995 los gastos públicos estatales representaron en el promedio de la Unión Europea el 50,7%. [...] Algunas estimaciones cifran en más de 23 billones el coste del sector público empresarial en los últimos 10 años. Este análisis, escrito en 1996, aparece recogido en el Libro Blanco sobre el papel del Estado en la Economía española, dirigido por Rafael Termes, Madrid, Abril 1996. Instituto Superior de Estudios Empresariales. No es ajeno a este crecimiento desmesurado del aparato estatal la gravísima incidencia que la crisis financiera de 2008 y años posteriores, tiene sobre la reducción de sus estructura, cuestionamiento de la calidad y/o alcance, y coste de algunos de sus servicios o prestaciones y, en definitiva, la viabilidad económico-financiera de buena parte del modelo.

⁹⁰ A juicio de Martínez Esteruelas la “crisis” del Estado-Providencia (y de sus figuras paralelas) cabe describir sumariamente, de la siguiente forma:

- Estatificación de actividades existentes o creación de nuevas actividades, también a cargo del Estado.
- Consiguiente burocratización de su ejercicio.
- Incremento colosal de los gastos del Estado.
- Detraimiento creciente de recursos económicos por la vía de la fiscalidad o de la parafiscalidad.
- Aumento del frente polémico de los Estados sometidos a demandas crecientes por parte de la ciudadanía.
- Extensión de actitudes pasivas (mentalidad asistencial) en la vida personal y social bajo la esperanza y la exigencia de que la providencia estatal pondrá remedio a toda situación menesterosa.

Por todo ello, en las dos últimas décadas ha ido avanzando crecientemente una tendencia revisora de los postulados sobre los que se afirmó, tras la posguerra mundial el denominado Estado de Bienestar⁹¹, *Welfare State*⁹² o en una acepción anterior “Estado-providencia”⁹³, y, en torno a los resultados que su modelo económico y social ofrece en la actualidad, después de varias décadas de arraigo profundo en un buen número de sociedades desarrolladas⁹⁴.

⁹¹ A tal efecto se recuerdan los trabajos de J.J. González Encinar “Diccionario del Sistema político Español”, y en particular el tratamiento de la voz “Estado de Derecho”, que efectúa en el mismo A. Pérez-Luño

En su libro “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo” y al abordar el capítulo relativo al “Estado social y sus implicaciones”, Manuel García Pelayo subraya que vivimos –en las sociedades contemporáneas– un momento de profundas mutaciones de todo orden (cultural, económicas, sociales, internacionales, etc.) que son “*mucho más profundas que las grandes divisiones políticas del planeta en Estados capitalistas, neocapitalistas y socialistas o en países desarrollados y en tránsito al desarrollo, aunque tales transformaciones tengan modalidades distintas en cada uno de los países y sistemas*”. A dichas mutaciones no podía escapar, a su entender, el propio Estado.

Así irrumpen en la escena jurídico-constitucional otros sistemas o modelos designados, como apunta el mismo García Pelayo, con distintos nombres como *Welfare State* “Estado de Bienestar” y “Estado Socialdemócrata” –denominación, nos recuerda, debida a Boulding–. También se le ha llamado “Estado de partidos”, en cuanto que el actor o sujeto real del poder estatal son los partidos, y “Estado de asociaciones (*Verbändestaat*)”, en cuanto que las decisiones estatales están fuertemente influidas por los grupos de interés organizados. Otra denominación (que cabe atribuir en su origen a Lorenz von Stein cuando escribía en 1850 que había terminado la época de las revoluciones y las reformas políticas para comenzar la de las revoluciones y reformas sociales).

Así como el concepto de *Welfare State* se refiere –al entender de García Pelayo–, capitalmente, por ello, a una dimensión de la política estatal, es decir, a las finalidades del bienestar social; es un concepto mensurable en función de la distribución de las cifras del presupuesto destinadas a los servicios sociales y de otros índices. En cambio, la denominación y el concepto de Estado Social incluyen no sólo los aspectos del bienestar, aunque estos sean unos de sus componentes capitales, sino también los problemas generales del sistema estatal de nuestro tiempo, que en parte pueden ser medidos y en parte simplemente entendidos.

⁹² François-Xavier Merrier repasa, por su parte, la génesis y alcance de los conceptos o nociones de Estado-Providencia; Estado Social y *Welfare State* o Estado de Bienestar. A su juicio, la noción –francesa– de Estado de Providencia hace siempre referencia, de una forma u otra, a la cuestión social, mientras que la noción –acuñada en 1943 por Willem Temple– de Estado del Bienestar posee una mayor extensión o alcance.

⁹³ Por su parte, F.A. Hayek, desde otra posición intelectual (en su citado libro *Los fundamentos de la libertad*, págs. 346–348) señala que a la aceptación del término “Estado-providencia” –*Welfare State*– coadyuvó el hecho de que los principios teóricos que Pigou y su escuela habían divulgado se conocieran bajo los términos de *welfare economics*.

⁹⁴ Los desequilibrios presupuestarios, en parte agravados por las pérdidas de las empresas públicas y sus efectos nocivos e inhibidores sobre la iniciativa privada debido al “crowding-out” financiero, han sido uno de los detonantes en los años ochenta para que los Gobiernos hayan tendido a modificar o eliminar regulaciones o privatizar empresas públicas. Pág. 587 de la citada obra dirigida por R. Termes. Fenómeno que, parcialmente, expreso otra vez sus efectos en la crisis post-2008, cuya causa central debe situarse, sin embargo, en una

Esta última consideración pone de relieve, sobre todo, dos aspectos: a) que uno de los signos de las transformaciones del Estado contemporáneo es la proximidad de relaciones entre Estado y sociedad, lo que obliga a un mayor esfuerzo en el deslinde de los derechos y obligaciones de uno y otro, en definitiva de las funciones, actividades y prestaciones reservadas a lo público y a lo privado; y b) que el marco de esas transformaciones debe defender mejor determinados valores, y en particular el de la libertad y el del servicio de interés general, al amparo de nuevas formulaciones e instrumentos, particularmente en el terreno de la gestión económica y empresarial.

La reforma del Estado de Bienestar debe ser enfocada por ello desde una triple perspectiva: la de los fines del Estado; la de la funcionalidad y alcance de la intervención pública en nuestros días, y la supervisión regulatoria; y la ya citada de su crisis o transformación. Crisis, como momento central en el que se decide el curso posterior de los acontecimientos⁹⁵.

Esta crisis del Estado de Bienestar no significa en modo alguno que el Estado deba apartarse del aseguramiento de determinados servicios de interés general: educación, sanidad, energía, transportes, comunicaciones, etc., sino que debe cambiar radicalmente los instrumentos al servicio de este interés general para preservar precisamente los valores de libertad, solidaridad y cohesión, antes reseñados.

El Estado evoluciona en sus fines y estructuras y recondiciona los límites de su poder, en particular en lo atinente a sus cometidos y responsabilidades económicas fundamentales. Lo determinante es apreciar que manteniendo su carácter primero de forma de organización jurídico-política reordena, en su evolución, los grandes capítulos de su actuación y la determinación de sus fines, estructura y procedimientos, para adecuarlos hoy

colosal falta de vigilancia y supervisión regulatoria de los mercados financieros, sumado a un agotamiento del modelo económico seguido en algunos Estados avanzados, como España o Italia.

⁹⁵ La medicina hipocrática entendió por crisis aquella fase de la enfermedad en la que se decide si el organismo aún puede dar un vuelco hacia la curación, o si ya no cabe más que la agravación continua que culmina en la muerte. El vocablo griego “krisis” se deriva del griego “krinein”, reparar, distinguir, decidir.

a sus nuevos cometidos, que podemos calificar anticipadamente, en lo económico, de Estado regulador.

El elemento central es, pues, el de la distinción entre provisión de servicios que debe ser garantizada en todos los sectores antes mencionados, en tanto que sectores de interés general o de interés ciudadano, y el de la producción y prestación de bienes y servicios que puede ser realizada mucho más eficazmente, en mejores términos de calidad, eficiencia y precio, a través de la iniciativa privada, o de sociedades mixtas o patneriados público-privados, según los casos, los sectores, las actividades o las prestaciones; y por tanto sustituyendo a la anterior intervención pública⁹⁶, aspecto que se manifiesta de manera singular en el sector eléctrico, donde el Estado había venido desempeñando un papel de “juez y parte”, regulador y gestor, a un tiempo, propietario y empresario, por otro modelo abierto a la competencia y rivalidad competitiva pero con claros límites y potestades de regulación.

Esta reforma la promueve y dinamiza el fenómeno liberalizador, de manera marcada en nuestro entorno, por los dictados del nuevo Derecho de la Unión Europea. No tratamos, con ello, de expresar una convicción sin contrapuntos críticos ni axiología de la liberalización “per se” respecto de cualquier otro modelo económico, y ante cualquier circunstancia política, social o territorial. Ahora bien, si creemos que cabe reconocer la existencia de una “evidencia empírica” en el sentido de que la mayor parte de los procesos liberalizadores mínimamente rigurosos en su ejecución y sostenibles en el tiempo, han observado un mayor efecto de incremento de la riqueza económica, beneficios positivos en términos de eficiencia y asignación de recursos y mejora del crecimiento económico. Liberalización así entendida será el proceso que persigue la remoción de los tipos de intervención que se orientan o conducen al detrimento del mayor crecimiento y la menor eficiencia⁹⁷.

⁹⁶ Como afirman D. Osborne y T. Gaebler: *Reinventing Government: How the Entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Addison-Wesley, Reading-MASS, 1992, pág. 450, el papel del “Estado es dirigir, no competir”, dejar la realización de servicios al sector privado.

⁹⁷ Ver al respecto las interesantes consideraciones de Anne O. Koneger en su trabajo “*Industrial Development and liberalization*”, incluido en la obra “*Liberalization in the process of economic development*”, editada por Lawrence B. Krause y Kim Kihwan, University of California Press. 1991.

La revisión del Estado de Bienestar ha venido acompañada por todo lo anterior, necesariamente, por un amplio proceso de liberalización y apertura a la competencia de las economías europeas, en lo que se viene a conocer como la nueva regulación económica, o el nuevo pacto económico y social. Se trata de balancear hacia la regulación, es decir, hacia la supervisión y vigilancia de los mercados, algunos de los servicios públicos tradicionales cuya prestación corresponde a los sectores industrial y económica comercialmente más importantes de la sociedad (energía, transportes, telecomunicaciones, servicios financieros), y asegurar en todo caso la universalidad de la provisión de otros servicios de carácter social, cuya gestión bien puede ser pública o privada (sanidad o educación) ⁹⁸. Ni siquiera la gravísima crisis financiera internacional vivida en los últimos años y en el momento presente obliga, a nuestro juicio, a revisar sustancialmente los elementos antes destacados, ya que se trata de ajustar presupuestariamente las actuaciones de los poderes públicos, pero no alterar el reparto de misiones esenciales antes señalados, aunque si ajustar, debidamente, la forma de gestionarlos. La necesidad de descansar en la iniciativa privada y, en ocasiones,

⁹⁸ Como ha estudiado Ricardo Montoro, el Estado de Bienestar, que es en definitiva un Estado capitalista, es esencialmente incapaz de llevar a cabo la única planificación que se le permite: la que sirve al interés colectivo del capital. El Estado no puede regirse por el mismo criterio de racionalidad que gobierna a los capitalistas individuales –producir con el objetivo de tener más ganancias que deberán ser maximizadas, y vender las mercancías en el mercado–. El Estado no produce para el mercado; su producción debe ser definida antes por el uso que por el intercambio. Así, en el intento de desarrollar y actuar de acuerdo con una lógica que está inherentemente plagada de ambigüedades, el Estado se muestra cada vez más contradictorio en el nuevo papel que se le ha asignado en el proceso de acumulación capitalista, papel que le exige un compromiso racional en el proceso de producción capitalista que no puede cumplir adecuadamente por las características de su propia naturaleza. La creciente intervención estatal, realizada de esa ambivalente forma, hace que las relaciones económicas se politicen cada vez con mayor intensidad, politización que adopta sus formas supremas en la crisis fiscal del Estado y en los drenajes de recursos que realiza el Estado para poder desarrollar su actividad; drenajes que proceden también, de una forma creciente, del potencial mercado de capitales al que acudiría el sector privado de la economía. El Estado se va convirtiendo en una enorme hidra difícil de alimentar, y que absorbe recursos que, de no existir aquél, irían a parar al sector privado de la economía.

Es en este marco donde habla Offe de la crisis que afecta al sistema político capitalista, crisis determinada precisamente por el papel que está desempeñando el Estado. Esa crisis política se plasma fundamentalmente en tres áreas: a) crisis fiscal del Estado; b) crisis de racionalidad administrativa; y c) crisis de lealtad de masas al sistema. Y, en el trasfondo de la cuestión, como comportamiento general básico, el difícil papel que cumple el Estado de Bienestar en el contexto del capitalismo tardío: debe compensar los fallos de los mecanismos del libre mercado mediante la oportuna intervención y regulación, pero simultáneamente, no debe asfixiar el papel definido como predominante de la iniciativa privada. Vuelve a aparecer aquí la doble personalidad del Estado de Bienestar, contradictoria ciertamente en sus valores más transcendentales, y que dificulta el desarrollo lógico de su papel histórico. [Ricardo Montoro, págs. 154 y 155 de la obra antes citada (C. Offe *“Contradictions of the Welfare State”*, Hutchinson, Londres. 1984)]. ver también C.Offe, “Partidos políticos y movimientos sociales” Ed. Sistema, Col. Politeia 1992

público-privada la gestión de determinados servicios de interés general como el sector eléctrico, se manifiesta especialmente aconsejable.

4.3. La presión económica transnacional: los efectos de la mundialización. Competencia y concentración empresarial en el sector eléctrico por ensanchamiento de los mercados sectoriales y alcance de los financieros.

Sobre ese Estado del Bienestar fatigado en el cumplimiento de sus obligaciones económicas vienen a irrumpir dos fenómenos contemporáneos: la globalización o mayor interrelación de los acontecimientos económicos más allá de los espacios locales o nacionales de referencia; y la afirmación de la subsidiariedad como un contrapunto regulatorio en defensa de la eficacia, la proporcionalidad y, también, del mercado. Como ha señalado Natalino Irti, en la actualidad el orden jurídico del mercado se expresa también por la “limitada territorialidad de las normas junto a la ilimitada universalidad de las relaciones económicas”⁹⁹. Fenómeno que a mi juicio plantea, un gravísimo problema de gobernanza de los escenarios financieros, económicos y sociales, al menos, de carácter temporal.

Así pues, el Estado del Bienestar se ve desbordado en términos económicos por la explosión de la globalización y de las redes internacionales de intercambios de bienes y servicios; y se ve rebasado por la lógica de la función subsidiaria que invita a una reconstrucción de las competencias en el seno de los Estados o espacios transnacionales por las razones que enunciaremos ulteriormente.

Por otra parte, la globalización de los intercambios económicos permite un movimiento general de desregulación gubernamental del comercio, las finanzas y las inversiones económicas, lo que conduce también a una evidente pérdida de margen de maniobra por parte de los Estados para la elaboración de políticas económicas que se produce ya, necesariamente, en marcos transnacionales¹⁰⁰, tanto energéticos¹⁰¹ con el

⁹⁹ Natalino Irti: *L'ordine giuridico del mercato*. Editorial Laterza. 2003.

¹⁰⁰ Aunque se acepta generalmente que la globalización, entendida como fenómeno general de internacionalización y facilidad de acceso en tal escala para gran número de transacciones de bienes y servicios, es un hecho que caracteriza a la sociedad contemporánea, algunos autores subrayan que ésta no es la primera vez en la historia que experimentamos los efectos de un verdadero mercado global. A juicio de Dani

consiguiente giro liberalizador impuesto por las razones apuntadas, y en el contexto internacional por el imperativo de los costes de producción y, en definitiva, el ritmo competitivo de productos y precios¹⁰².

La globalización crea, pues, mayores presiones competitivas sobre el sector privado al ampliar el ámbito de la competencia a nivel mundial; a su vez, la empresa actuando en régimen de derecho privado reacciona ejerciendo presión sobre la esfera estatal para reducir las cargas fiscales y cumplir los cometidos del Estado más eficientemente.

El crecimiento espectacular -en términos de PIB- del sector público¹⁰³, el aumento -en ocasiones excesivamente desordenado- del gasto, la presión combinada de calidad y precios (es decir, de los consumidores y el mercado); la superación tecnológica; y la internacionalización y globalización de las relaciones económicas pueden ser, entre otras,

Rodrik, cabe situar la etapa de finales del siglo XIX, como especialmente rica y voluminosa en intercambios en el ámbito del transporte y de la fuerza laboral a causa de la inmigración. (Ver Dani Rodrik, "Has globalization gone too far" Institute for international economics, Washington, 1997, págs. 9 y 10; y Williamson, Jeffrey, 1996, "Globalization and Inequality Then and Now: The late 19th and late 20th, Centuries Compared, NBER Working Paper No. 5491, Cambridge, Ma: National Bureau of Economic Research). Fernando Serra ha apuntado que la integración económica internacional más importante e intensa fue la que empezó hacia 1870 y finalizó al comenzar la Primera Guerra Mundial, después de que el Reino Unido lo hiciera unilateralmente, entre 1860 y 1880, los países europeos redujeron notablemente sus aranceles: desde unas tarifas situadas por encima del 35%, se pasó al 15 o incluso al 10%. Sin embargo, sólo una parte del mundo, la constituida por los países entonces desarrollados, participó en aquella globalización. Fernando Serra en el trabajo titulado "Globalización o Pobreza", dentro del libro coordinado por el mismo autor bajo el título "La Globalización". Fundación para el análisis y los estudios sociales. Papeles de la Fundación, nº 71, 2002.

¹⁰¹ Por otra parte, como bien señala Jeremy Rifkin, en cierta medida en las últimas décadas "geopolítica ha sido sinónimo de la política del petróleo". J. Rifkin: *L'Economie hydrogéné*. Editions La Découverte. París, 2002, pág. 14. Ver también, V. López-Ibor Mayor y Carlos Gascó: *Energía y Sociedad*, publicado en el Diario Expansión, 2004.

¹⁰² Christine André analiza también el fenómeno de la mundialización afirmando que la globalización y el incremento de la internacionalización de las economías ha tenido el efecto de limitar severamente el posible rango de la acción estatal, y conectando este hecho con las crisis del Estado de bienestar y en particular con la rigidez institucional de las políticas sociales aplicadas. Christine André: *The Welfare State and institutional compromises (From origins to contemporary crisis)*. En la obra colectiva "Regulatory Theory", editada por Robert Boyer y Yves Saillard. New York. 2002. Manuel Jiménez de Parga ha recordado, por otro lado, que "la revolución tecnológica, que lleva a la globalización, brinda a los Estados, simultáneamente posibilidades enormes de actuación". "La globalización y los Estados nacionales", publicado en el ABC, 24 de julio 2001.

¹⁰³ Pierre Rosanvallon en "Les nouveaux territoires de l'Etat-Providencia", en el libro « Raymond Aron et la démocratie du XXIème siècle », Actes du colloque international, París, 11-12 de marzo de 2005, Editions de Fallois, París 2007, ha apuntado que "si sumamos el coste del Estado-providencia y el correspondiente a los servicios públicos [en los países de la Unión Europea] llegamos en cada país a un gasto que absorbe entre el 40 y el 50% del PIB".

algunas de las causas que apuntan un cambio de tendencia -o que permite al menos, una evaluación crítica, como antes apuntábamos- de un Estado “señor” de la economía, a otro “creador” o regulador de las normas y condiciones básicas que facilita el funcionamiento de sectores y mercados. En suma, esta “crisis” del Estado lo reorienta hacia su concepción más abierta en la que los poderes públicos arbitran y ofrecen cobertura jurídica o regulatoria, más que mediatizan la economía. Una concepción que postula la iniciativa privada y la competencia como medio de asignación de recursos, sin perjuicio de la necesaria regulación pública de los monopolios naturales, y la supervisión última de las reglas que dirigen el mercado regulado.

Defarges ha apuntado que la mundialización o globalización resulta de la combinación dinámica de tres fenómenos: la multiplicación –ciertamente muy desigual de una región a otra– de los flujos y de las redes, contrayendo masivamente el espacio y el tiempo, reduciendo el coste de las comunicaciones y entrañando una densidad sin precedentes de las interdependencias; la aparición de una sociedad civil universal o de un espacio público planetario, consecuencia tanto de los medios de comunicación como del florecimiento de organizaciones no gubernamentales; la identificación de problemas considerados globales (cambio climático; preservación de los bosques tropicales; comercio; movimientos de capitales, principios de jurisdicción universal, ...). El cambio, la negociación, la manipulación de los textos y los procedimientos, el recurso a las jurisdicciones son figuras centrales de la mundialización que hacen de nuestro planeta un inmenso mercado, donde todos –empresas, universidades, Estados, individuos– son en competencia los unos con los otros.¹⁰⁴

Daniel Bell¹⁰⁵ afirma que desde la perspectiva histórica, cada sociedad ha estado condicionada por tres clases de infraestructura, para el comercio y las transacciones entre las

¹⁰⁴ “Droit et mondialisation”. Philippe Moreau Defarges. Por su parte, Manuel Castells ofrece una definición de la globalización señalando que “se trata de un proceso objetivo, no de una ideología, aunque haya sido utilizado por la ideología neoliberal como argumento para pretenderse como la única racionalidad posible. Y es proceso multidimensional, no sólo económico. Su expresión más determinante es la interdependencia global de los mercados financieros, permitida por las nuevas tecnologías de información y comunicación y favorecida por la desregulación y liberalización de dichos mercados”. Globalización y Antiglobalización, publicado en El País, 24 de julio de 2001.

¹⁰⁵ Ver Daniel Bell “The Coming of Post-Industrial Society”, y, en particular el estudio introductorio de la edición de 1999 que añade uno nuevo a la reimpresión del texto original de 1973. Las reflexiones que

personas. La primera ha sido el transporte: ríos, carreteras, canales, y en los tiempos modernos, ferrocarriles, autopistas y aviones. El segundo soporte de infraestructura han sido los sistemas energéticos: hidroelectricidad, redes eléctricas, gaseoductos y oleoductos. La tercera viene dada por las comunicaciones: sistema postal, telégrafo, teléfono, radio, y en la actualidad la completa panoplia de los nuevos medios tecnológicos, desde las microondas a los satélites. A juicio de este autor la comunicación ha empezado a reemplazar al transporte como el medio principal de conectar a las personas y como modo de transacción. Con el auge de la comunicación se aumenta la descentralización y los mercados dejan de ser un lugar geográfico determinado para convertirse en puntos de acceso o localización en la red. Dicho en otros términos, se facilita la implantación y despliegue de los factores que hacen realidad la globalización en la que los sistemas electrónicos de información juegan un papel instrumental de primera importancia.

El pilar fundamental del orden global es la competitividad global. Si anteriormente las economías nacionales explotaban sus ventajas comparativas en los mercados internacionales, hoy día se observa una progresiva desterritorialización de los circuitos productivos y de los mercados, que la privatización de aquellos sectores estratégicos e industriales antes reservados al Estado y la desreglamentación de los mercados nacionales ayuda a concretar.

Competir deslocalizando. Pero la deslocalización tiene rostros distintos: los productos se deslocalizan porque en no pocas ocasiones resultan de la sucesiva integración de componentes en decenas de orígenes diversos; los capitales se deslocalizan en virtud de las compras y ventas estratégicas de la propiedad de las empresas y de la multinacionalización de sus accionistas; el mercado de trabajo se deslocaliza, como resultado del gran mandamiento de la economía global: la flexibilización, y el coste efectivo de las unidades laborales, así como de los estándares que miden éstas y la carga fiscal asociada. Simultáneamente a esta globalización de la competitividad en la economía real, se desarrolla

una globalización de la competitividad en los mercados financieros.¹⁰⁶, que carente de una adecuada gobernanza puede provocar graves efectos negativos, en el cuerpo social.

Las megafusiones o alianzas de estos últimos años responden a la realidad de una competencia planetaria donde, trascendiendo su identidad nacional, los actores pretenden obtener la rentabilidad asociada a las economías de escala (especialmente por el tratamiento de la información) y las ventajas de tamaño para la gestión de la investigación–desarrollo de sus riesgos. Por lo tanto, según tal criterio, las “empresas globales” no serían entidades monopolísticas sino sobre todo redes extraordinariamente flexibles de empresas locales a un tiempo autónomas y fuertemente coordinadas, redes sometidas a recomposiciones permanentes. O dicho en otros términos, a reestructuraciones societarias que exigen atender simultáneamente a los mercados y al carácter de la regulación a fin de orientar adecuadamente las estrategias empresariales y sus legítimos objetivos de beneficios y mayor rentabilidad. Y, aunque teóricamente ello podría ser así, la realidad es aún más compleja y presenta no pocas vulnerabilidades si no se somete a examen riguroso el proceso de desarrollo de esas “recomposiciones empresariales permanentes” deslocalizadas, apoyadas muchas veces accionarialmente por financiaciones soportadas en estructuras de deuda, de muy dudosa sostenibilidad. Y, si no existen simultáneamente un bloque regulatorio suficientemente armonizado o de caracteres equivalentes, en sus efectos, a escala regional e internacional.

En el ámbito del sector eléctrico, uno de los efectos más visibles del proceso de liberalización inducido por factores tecnológicos y de internacionalización de intercambios ha sido precisamente, al menos en algunas áreas, el planteamiento de fusiones o alianzas empresariales entre empresas eléctricas o entre empresas eléctricas y gasistas. La búsqueda de una mayor dimensión y la correspondiente búsqueda de aumento en el crecimiento de los grupos empresariales responden a la necesidad teórica de adecuar su funcionamiento, resultados y posición en el sector a los nuevos desafíos de la competencia nacional e internacional. Y al interés de abrir nuevos mercados algunos productores y, en algunos casos, eludir, en cierta forma, un mayor control regulatorio, o buscar nuevos mecanismos de

¹⁰⁶ José Manuel Pureza. Profesor de la Universidad de Coimbra: “*Caminos de paz en tiempos de globalización*”. Sevilla, Octubre 1999.

arbitrajes regulatorios compensatorios. Ahora bien, dicho proceso debe subordinarse siempre a los tests de competencia, proporcionalidad de los factores en juego y, ponderación del interés general.

En los Estados Unidos este proceso de agregación empresarial y financiera se acelera de manera notable a partir de 1997. Once fusiones tienen lugar entre 1991–1996; catorce entre 1997 y 1998; y veintinueve en 1999. Como subrayan Dominique Finon y Gerardo Serrato¹⁰⁷, del conjunto de las fusiones del período 1997–99 una veintena corresponden a la convergencia electricidad–gas^{108 109}. Y las fusiones anunciadas en el ámbito mundial entre 1992 y 1996 representaban unos 70.000 millones de dólares, 83% de las cuales las

¹⁰⁷ Ver D. Finon y Gerardo Serrato: *La diversité des stratégies des entreprises électriques américaines face à la libéralisation du marché électrique*. Revue de l’Energie n° 513, Janvier 2000. Ver también: Energy Information Administration, Financial Statistics of Major U.S. Investor-Owned Electric Utilities 1995, DOE/EIA (Washington DC, Diciembre 1996); así como U.S. Securities and Exchange Commission, Financial and Corporate Report: Holding Companies Exempt from the Public Utility Holding Company Act of 1935 as of August 1, 1995 (Washington DC); J. Wilson: *Merger Policy Guidelines for the Electric Power Industry*, en *Wthe Electricity Journal* (Enero/Febrero 1996).

¹⁰⁸ Ver también S. Méritet: *Convergence of electric power and natural gas utilities in the United States. Which lessons for Europe?*.

Proceedings of the 20th USAEE/IAEE North American Conference. Orlando. Sep. 1999.

S. Brochu : *La déréglementation et la création d’entreprises multiénergétiques*. Revue de l’Energie n° 486, Avril 1990.

J.M. Chevalier, F. Salaun : *Recomposition des industries électriques : internationalisation, nouveaux entrants, diversification*. Revue de l’Energie n° 465. 1995.

Energy Information Administration : *The changing structure of the electric power industry : an update*. December 1997.

El fenómeno de la desregulación –señalaba Financial Times- ha hecho que las compañías eléctricas europeas sean la pieza central de las operaciones de fusiones y adquisiciones. Más del 85% de todas las operaciones se efectuaron en Europa, y entre ellas 7 de las 10 operaciones europeas más importantes. Ver Financial Times, 21.01.2002. Pág. 17.

¹⁰⁹ El tamaño de las Empresas, afirma Wilfried Czernie, depende estrechamente de su relación con el alcance de las privatizaciones, la liberalización y la efectiva creación de un mercado único. Esta transformación será un proceso de “ensayo-error”, en *Internationalism, Globalism and Size of the Companies*. 1999.

La Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) ha puesto de relieve (agosto 2002) la significación de las empresas multinacionales en una economía globalizada, indicando que 39 de las 100 primeras empresas a nivel mundial son *transnational corporations, TNC’s*. Y que el tamaño económico de las mismas es superior a muchas economías nacionales, creciendo a niveles del 4,3% del PIB mundial en 2000 a diferencia del 3,5% en 1990. (La metodología utilizada para este estudio es la seguida por De Grauwe, Paul and Filip Camerman “*How big are the big multinational companies?*”. 2002).

realizaron empresas antiamericanas¹¹⁰. Las industrias eléctricas han participado activamente, a nivel europeo pues, en este proceso de consolidación de mercados y de concentración empresarial. Entre 2000 y 2002, E.On, RWE y Enel han consagrado a sus adquisiciones 25.000, 22.500 y 11.000 millones de euros¹¹¹.

Como señala Peter Cameron¹¹² la legislación sobre el mercado energético ha observado un número creciente de operaciones de fusiones y adquisiciones transfronterizas en los últimos años. Entre 1998 y el año 2003 se han producido 135 operaciones de fusión y adquisición en la Unión Europea en el sector de electricidad y de gas, de las cuales un tercio han sido operaciones *Cross border* y dos tercios han sido operaciones definidas como de dimensión nacional¹¹³. Entre el año 2000 y el 2005 hubo un incremento del 75% en el número de operaciones de transacciones, de fusiones transfronterizas en el sector eléctrico que recaían en el ámbito de la dimensión comunitaria.

A juicio de Albentosa, la *globalización*, término profusamente utilizado y definitivamente implantado, hace referencia al intenso proceso de integración de las economías nacionales y a los crecientes intercambios de mercancías, servicios, capitales y tecnología entre países, lo que durante la última década se refleja en la evolución de muchos indicadores; baste señalar que en ese período la tasa media de crecimiento anual del comercio internacional de bienes y servicios casi duplica a la tasa de crecimiento del PIB mundial.

Este fenómeno se caracteriza, en primer lugar, por la creación de nuevos productos financieros, por la supresión de los controles que limitaban el funcionamiento de las

¹¹⁰ Ver, “*Energía y poder*” por Sharon Beder. Fondo de Cultura Económica. Méjico, 2003.

¹¹¹ La presencia, por otro lado, de Empresas energéticas rusas en países de la Unión Europea, es creciente estos últimos años. Además de Gazprom, que actúa en diversos países, cabe reseñar en Alemania y otros, a sus filiales Wingas o VNG.

¹¹² CAMERON, Meter D. *Competition and Energy Markets*. 2ª Ed. Oxford University Press. 2007.

¹¹³ Algunos ejemplos de convergencia de gas y electricidad de asuntos que han sido objeto de tratamiento desde el punto de vista del derecho europeo son los casos Tractebel/Distrigaz & Este/Ibo. Igualmente el caso Dog/Elsam/Energy E2; y el caso Eny/EDP/GDP; y por último el caso gas de Francia Gdf- Suez/lyones des eaux. Todos estos casos han sido objeto de análisis por parte de las autoridades comunitarias con distintos pronunciamientos y tratamiento.

entidades financieras y por la alta velocidad de unos flujos financieros internacionales en ascenso, impulsando todo ello la integración de los mercados nacionales de capital. En segundo lugar, en un mundo económico en el que prácticamente no existen fronteras, las empresas, para lograr importantes mejoras de productividad, acometen profundos procesos de reestructuración consistentes en la introducción de innovaciones tecnológicas y de cambios organizativos, y los exportan a distintos mercados juzgados de interés o mayores retornos de capital.

El Libro Verde sobre suministro energético pone de relieve que en cuanto a los cambios en el sector energético, es evidente que la situación actual responde a unas circunstancias geopolíticas, sociales y económicas muy distintas, y por tanto precisa también de orientaciones diferentes¹¹⁴. Así, los anteriores objetivos energéticos, establecidos en 1986 para 1995, estaban claramente marcados por el resultado de las crisis del petróleo de 1973 y 1979, y ponían un especial énfasis en garantizar la seguridad del suministro y en minimizar los costes de la energía¹¹⁵.

Los estudios que avanza la Comisión relativos a los distintos sectores energéticos a medio plazo, predicen un aumento en la participación del petróleo, que se mantendrá en sus precios actuales, una ligera disminución del carbón, un crecimiento muy significativo del gas natural con respecto a su situación actual, una producción nuclear estabilizada y una, aún limitada pero creciente, participación de las energías renovables. En relación con esta evolución a medio plazo, la Comisión entiende que por un lado, la diversificación de combustibles se verá reforzada, aunque con ello aumentará la dependencia exterior, y por otro lado, las inversiones que deberán realizarse para asegurar el aprovisionamiento serán importantes.

¹¹⁴ Una interesante reflexión sobre la relación geopolítica y energía, que cabe sumar a las mencionadas en el primer capítulo de esta obra, puede consultarse en la publicación “Geopolitics, energy and the future” que recoge los trabajos presentados y los debates que sobre esta materia tuvieron lugar en el IX Repsol–Harvard Seminar, celebrado en Santiago de Compostela. 1998. Irwin M. Stelzen (Editor).

¹¹⁵ Ver también por su interés y la ilustración de datos que proporciona, la publicación de la IEA: *International Energy Agency: World Energy Outlook*. 2001. Robert Priddle destaca la necesidad de combinar la promoción del desarrollo de las fuentes de energía autóctonas, con el esfuerzo diversificador o de mix energético en cuanto a opciones de suministro, con la eficiencia y la cooperación internacional como mecanismo para reforzar a largo plazo los procesos de reforma de los mercados energéticos. *Living an interesting time: Energy Security*. R. Priddle. Tokyo 4.3.2002.

Por todo lo anterior, parece contrastable que la idea de la mundialización está estrechamente vinculada a la de economía de mercado y por tanto al liberalismo económico. La eficiencia desde la libertad económica haciéndola compatible con la equidad o la justicia, como un modo de coordinación de las actividades económicas realizables en el seno de la sociedad civil¹¹⁶.

La mundialización tiene como primer objetivo la liberalización y, por tanto, la circulación de capitales, de las materias primas y de los productos fabricados, así como de los servicios prestados en un contexto de reducción de costes inducido por una competencia cada vez más abierta geográficamente¹¹⁷. Pero la mundialización requiere inexorablemente

¹¹⁶ “*Le monde au tournant du siècle*”. Thierry de Montbrial. L’Entrée dans le XXI^e siècle. París, 1999.

José Luis Feito ha subrayado la vinculación entre desarrollo tecnológico y capitalismo afirmando que “sin la libertad de contrato y la extensión del comercio, sin la potenciación de la propiedad privada y de la posibilidad de beneficiarse de la aplicación de los conocimientos científicos al proceso de producción, sin el aliento que todo ello insufló al desarrollo de la ciencia experimental, liberando el pensamiento de las rígidas directrices y prohibiciones de las teocracias y los poderes absolutos, no habría existido el continuo progreso técnico de Occidente”. J.L. Feito: Las raíces del sentimiento anticapitalista. *Expansión*, 28.5.2001.

¹¹⁷ Con este planteamiento coinciden también Robert-Noël Castellani y Claude Guedj, si bien critican la política social y de creación de empleo que, en su opinión, se deriva de dicho proceso de mundialización. Ver Robert-Noël y Claude Guedj. *Le Figaro*. 17 Agosto 2002.

Edgar Morin, pone de relieve algunas de las lagunas y contradicciones de este fenómeno “ la globalización puede ser considerada como el último estadio de una planetarización técnico-económica. Puede ser considerada al mismo tiempo como la emergencia desigual y caótica de un embrión de sociedad-mundo. Una sociedad que dispone de un territorio que comporta un sistema de comunicaciones. El planeta es un territorio dotado de una textura de comunicaciones (aviones, fax, teléfono, Internet) como jamás ninguna sociedad había podido disponer en el pasado”. Ver *Une mondialisation plurielle*. Edgar Morin. *Le Monde*, 26.3.2002.

Juan Antonio Carrillo, ha reclamado en esta nueva circunstancia de las relaciones internacionales, un papel activo y protagonista para Europa « Ahora que ha terminado la guerra fría y que vivimos en un mundo a la vez globalizado y atomizado, que se debate en la dialéctica entre el satélite de comunicaciones y el campanario de aldea, esto es, entre la mundialización y las afirmaciones localistas de identidad, Europa debe asumir su responsabilidad en la gestión de la globalización » J.A.Carrillo Salcedo .El futuro de la Unión Europea, en *Revista de Occidente*.Febrero 2001. Pág. 20.

Cuando hablamos de globalización y mejora de las condiciones productivas y los niveles de competencia empresarial, no olvidamos la realidad de un mundo en el que más de 2000 millones de personas no disponen de acceso comercial a las fuentes energéticas, como se ha puesto reiteradamente de relieve en los estudios de los Servicios de las Naciones Unidas y en las Conferencias del Consejo Mundial de la Energía, entre otras Instituciones y entidades. Con ocasión de la Cumbre de Johannesburgo sobre Desarrollo y Medio Ambiente (Agosto-Septiembre 2002) se ha vuelto a suscitar esta realidad urgiendo respuestas y propuestas de solución. Como argumentan los miembros del Grupo de Reflexión sobre Energía y Desarrollo Sostenible (del que forman parte, entre otros, Francisco Ayala y J.M. Arraiza, Alberto Carbajo, J. M^a Paz, Luis Jesús Sánchez Tembleque e Ignacio Pérez Arriaga) « la energía eléctrica puede ser un complemento que, respetando los usos

de contrapuntos locales y estatales, y del rigor de la sugerencia regulatoria y el análisis permanente, en términos de coste/beneficio de las autoridades de la competencia. Ahora bien, sin olvidar nunca el papel regulador, moderador y supervisor de las instancias estatales., y regionales.

Se habla en el referido contexto, y en el orden jurídico, de un nuevo Derecho Internacional de la Energía. Como señala Juan Carlos Velázquez Elizarrarás¹¹⁸, a grosso modo podemos definir el derecho internacional energético como aquella rama del derecho internacional que tiene por objeto ordenar y regular en su amplio espectro y en la totalidad de sus manifestaciones, la actividad y el comercio internacional de la energía. Y por la complejidad y amplia variedad de su objeto de regulación, el derecho internacional de la energía (DIEn) abarca campos y aspectos del derecho internacional público y del derecho internacional privado, así como del derecho económico, mercantil, administrativo y fiscal internacionales y, por supuesto, del derecho constitucional internacional o derecho de las organizaciones internacionales; sin olvidar la comprensión que necesariamente tiene el DIEn de aquellos elementos, disposiciones constantes y normas equivalentes del régimen jurídico aplicable a los productos básicos en el comercio internacional. De ahí que, en los últimos años, una importante corriente doctrinal latinoamericana y otras como la española, la francesa y la italiana, se pronuncien por el manejo del término conceptual de *derecho internacional de la energía y de los productos básicos*, es decir, lo que los ingleses han dado en llamar *International Law of Energy and Raw Materials*.

y costumbres de estas sociedades, facilite un mínimo acceso a las modernas formas de comunicación y posibilite la introducción de nuevas actividades productivas, y que ello demande un compromiso de los países más desarrollados ». « Electricidad para 2000 millones de pobres ». Cinco Días. 3 de septiembre de 2002.

Ralph Dahrendorf considera tres tareas irrenunciables que tendrían que acometer todos los Estados: conseguir un crecimiento económico, en las nuevas condiciones que impone la mundialización de la economía; conservar y, los que todavía no lo hayan alcanzado, aproximarse al grado de cohesión y solidaridad social en que se llegó en un pasado reciente, todavía en la memoria de los ciudadanos; y cumplir ambas tareas, salvando la libertad, es decir, las instituciones democráticas.

¹¹⁸ Velázquez Elizarrarás, J. Carlos: “El nuevo derecho internacional de la energía”.

4.4. El contrapunto de la subsidiariedad. La búsqueda del equilibrio institucional y la preocupación por la competitividad.

La sociedad europea contemporánea en cuyos mercados concurren las empresas eléctricas, es una sociedad económica abierta que debe dar respuesta a dos desafíos aparentemente contradictorios, claves de una nueva Gobernanza: el de la globalización y el de la subsidiariedad. Y este hecho no es ajeno a la configuración jurídico–institucional y al comportamiento de un sector o industria como la eléctrica: está facultada, e incluso obligada por razones de lógica financiera e imperativos de rentabilidad o diversificación económica, además de en ocasiones, regulatorias, a actuar en diversos mercados –de producto y geográficos–, pero al mismo tiempo allí donde están implantados, están afectados por obligaciones de servicio público o de interés general, por ser un bien esencial que debe estar al alcance de la universalidad o totalidad de los consumidores de una sociedad. Junto a ello, la subsidiariedad también puede contribuir a la privatización y a la liberalización, por entender que estos procesos se deben devolver al sector privado.

Aunque normalmente entendemos la idea de subsidiariedad en un sentido de niveles de gobierno o de estructura administrativa del Estado, se puede entender en el sentido más amplio de retirar al Estado de las actividades que la sociedad civil –por ejemplo, a través de la empresa privada– pueda llevar a cabo sin especiales dificultades, con mayor eficacia y menor costo. Mark Moore¹¹⁹ argumenta que la actuación del Estado debe ser siempre subsidiaria a la sociedad civil, porque tal actuación se fundamenta en un hecho de fuerza –la obligación de pagar impuestos– que debe ser minimizado en lo posible dentro de una sociedad libre y democrática. Además, el principio de subsidiariedad, como señala González Varas¹²⁰, es clave para entender el papel de las nuevas autoridades de regulación.

De acuerdo con los postulados que informan este último, una estructura social de orden superior no debe interferir en la vida interna de un grupo social de orden inferior, privándola

¹¹⁹ Mark H. Moore: *Creating Public Value: Strategic management in Government* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995).

¹²⁰ Santiago González Varas: *Los mercados de interés general: telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes*. Editorial Comares, 2001, pág. 91.

de sus competencias, sino que debe sostenerla en caso de necesidad y ayudarla a coordinar su acción con la de los demás componentes sociales, con miras al bien común.¹²¹

La doctrina social de la Iglesia, especialmente identificada con el reconocimiento de este principio, ha establecido con claridad que al intervenir directamente y quitar responsabilidad a la sociedad, el Estado asistencial provoca la pérdida de energías humanas y el aumento exagerado de los aparatos públicos, dominados por lógicas burocráticas más que por la preocupación de servir a los usuarios, con enorme crecimiento de los gastos¹²², más allá de lo que sería propio dentro de su papel supervisor y su labor subsidiaria¹²³, como hemos subrayado, en buena medida en páginas anteriores al explicar el nacimiento y evolución del Estado Benefactor.

En el seno del Derecho comunitario se ha acogido también este concepto¹²⁴, desde los Tratados fundacionales¹²⁵ elevándolo a principio y objetivo de la actuación de la

¹²¹ Luis Sánchez Agesta destacaba ya en el año 1962 “Los principios cristianos del orden político” esta relación o identificación entre subsidiariedad y bien común, apoyándose para ello en las ideas expresadas por Nell-Breuning, S. J. Y H. Sacher Wörterbuch del Politik, Zur Sozialen Frage Herder, 2ª edición 1958, afirmando que “el principio de subsidiariedad no es contradictorio, sino complementario del principio de solidaridad que vincula a la comunidad y sus miembros; viene a precisar qué funciones corresponden al todo y cuales a sus miembros “ (Obra citada “Los principios cristianos del orden político”. Instituto de Estudios Políticos .Madrid 1962, págs 97-98).

¹²² En la Encíclica Centesimus Annus se vincula directamente el principio de subsidiariedad con la “crisis” o reformulación del papel del Estado en su concepción de “asistencial” o de “bienestar” (en el Capítulo V “Estado y Cultura”, punto 48), con anterioridad este principio había sido acogido y desarrollado por la Doctrina Social de la Iglesia (Divinis illius Magistri 36-38 AA22,1930; en la Quadragesimo Anno 80- , 1931, y en la Rerum Novarum).

¹²³ A juicio de Antonio Argandoña, el contenido que la Centesimus Annus reserva al papel del Estado puede agruparse en cinco bloques, cuyos enunciados son: a) Determinar el marco jurídico dentro del cual se desarrollan las relaciones económicas; b) Garantizar la igualdad de condiciones de los distintos agentes económicos; c) Tutelar los derechos de nivel superior, como “la vigilancia y encauzamiento de los derechos humanos en el sector económico”; d) La provisión de bienes públicos y dentro de estos la de “servicios públicos eficientes”; y una e) Labor de soporte y suplencia de la iniciativa privada asentada en el reconocimiento del principio de subsidiariedad. Ver a tal efecto Antonio Argandoña: *Capitalismo y Economía de Mercado en la Centesimus Annus*, págs. 467-468, en el libro colectivo “Estudios sobre la Centesimus Annus”, coordinado por Fernando Fernández. Unión Editorial. Madrid, 1992.

Ver también, B.Pérez Argos “Los cuatro pilares fundamentales del orden social y económico según la doctrina social de la Iglesia”. Verbo nº2 93-294 (marzo-abril 1991).

¹²⁴ Araceli Mangas sostiene que el principio de subsidiariedad estaba ya implícito en los Tratados fundacionales: “El Tratado de la Unión Europea: análisis de su estructura general”, en Gaceta Jurídica de la CE, D-17, 1992. También se ha considerado por ciertos autores que la orden de intervención limitada de la Ceca constituye una referencia al principio de subsidiariedad, o dicho en otros términos , que la provisión

Comunidad¹²⁶, hasta su recepción en los diversos textos normativos propios del Derecho derivado comunitario. La aplicación del principio de subsidiariedad está dirigida a prevenir una excesiva concentración de actividades al nivel de la UE¹²⁷, cuando los intereses

recogida en el artículo 5 de dicho Tratado en la medida que establece que .."la Comunidad asegura el establecimiento, el mantenimiento y el respeto de las condiciones normales de competencia y no ejerce una acción directa sobre la producción y el mercado mas que cuando las circunstancias lo exigen ..." Igualmente cabe entender que el antiguo artículo 235 del Tratado constituye una expresión del principio de subsidiariedad, dado que se atribuye a la Comisión la facultad de ejercer determinadas competencias no previstas o conferidas inicialmente por los Tratados, cuando concurran, naturalmente, determinadas circunstancias.(Otros preceptos se acogen también a este principio o constituyen manifestaciones materiales del mismo, tales como el 178 y 215 en materia de responsabilidad extracontractual de la Administración o el 116 en lo relativo a la regulación de la política comercial comunitaria).

¹²⁵ Ver, así, arts. 5 y 57 del Tratado CECA, donde se efectúan alusiones indirectas pero claras a un reparto competencial en el ámbito comunitario, basado en el "criterio" de subsidiariedad o en los "medios indirectos de acción", tal como se señala expresamente en dicho Tratado.

En el Tratado de la Comunidad Económica Europea existen muy diversas referencias a la idea de subsidiariedad, con mucha anterioridad al reconocimiento como principio expreso en el Tratado (así, arts. 133 ó 235; 288 ó 249). Quizá el más representativo de todos ellos sea el ex-235, actual 308, que señala "*Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes*".

¹²⁶ Es indudable, como afirman C. Philip y C. Boutayeb, que la afirmación explícita del principio de subsidiariedad como regulador de las relaciones entre las competencias comunitarias y nacionales constituye sin ninguna duda uno de los puntos esenciales del Tratado de la Unión Europea. Hecho que se reafirma y amplía en su última modificación como Constitución Europea.

Ver también la Comunicación de la Comisión de 27 de octubre de 1992. Y entre la abundante aportación bibliográfica sobre la materia, Kapteyn P.J.C.: *Community law and the principle of subsidiarity*, en RAE 1991 nº 2; Mattina E.: *Subsidiarité, démocratie et transparence*, en la Revue du marché unique européen. 1992. Nº 4.

También, Enzo Mattina "Subsidiarité, démocratie et transparence" en la Revue du Marche Unique Européen Vol.2 1992. Asimismo el trabajo de Felipe Basabe "Problemas jurídicos en torno a la aplicación del principio de subsidiariedad en la Unión Europea", en el que se vincula acertadamente, en mi opinión, el principio de subsidiariedad con una nueva "cultura normativa" de la Comisión Europea. "el esfuerzo por legislar mejor emprendido por la Comisión Europea a partir de 1994-1995 se ha concretado, por un lado, en la aplicación del principio de subsidiariedad- actuar menos para actuar mejor- y, por otro, de manera conjunta, en el respeto del principio de proporcionalidad – ser simple, ser claro-". José Fermin Garralda destaca, por su parte, en las conclusiones de su trabajo "Europa y el retorno del principio de subsidiariedad", que la subsidiariedad en la Unión Europea tan sólo es un principio regulador del ejercicio de competencias y no de atribución de las mismas.

¹²⁷ El Tratado de la Unión Europea define el principio de subsidiariedad en el artículo 3B:

"La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y los dos objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser

colectivos de los Estados miembros estén mejor servidos a través de medidas nacionales, regionales o locales¹²⁸.

En todas las áreas donde a la Comunidad no se le han otorgado competencias exclusivas, deberá aplicarse el principio de subsidiariedad en el momento de definir las acciones posibles.

Varias han sido las iniciativas adoptadas por las instituciones comunitarias para avanzar en la interpretación y aplicación del principio de subsidiariedad: los sucesivos Informes y Proyectos adoptados tanto dentro como fuera¹²⁹ del marco de las Conferencias

alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado”.

Con ligeras modificaciones en su redacción se incorporaba este principio nuevamente fortalecido en el Proyecto de Constitución Europea (que no fue finalmente ratificado), tanto en su Parte I, Título III, artículo I-11 “Principios fundamentales”, apartado 3: “*En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión intervendrá sólo en el caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.*”

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto de dicho principio con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo”. Y también en la Parte II (Carta de Derechos Fundamentales): “la presente Carta reafirma, dentro del respeto de las competencias y misiones de la Unión, así como del principio de subsidiariedad...”.

¹²⁸ Dado que el concepto de subsidiariedad se presenta jurídicamente vago y con un alto contenido político resultan al efecto de gran interés, entre otros, los trabajos de CARRO MARTINEZ «La Unión Europea y el principio de subsidiariedad», Revista de Administración Pública núm. 126, 1991, p. 229-252; J. BARNES, «El principio de subsidiariedad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas», en libro col. *La Comunidad Europea, la instancia europea y la organización administrativa de los Estados miembros*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 509-558; S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, ob. cit., pp. 96-99; RODRIGUEZ ARANA, «Sobre el principio de subsidiariedad», Noticias de la Unión Europea núm. 110, 1994, pp. 11-39, R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario*, Ceura, Madrid, 1994, pp. 571-588; AREILZA CARVAJAL, «El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea», Revista Española de Derecho Constitucional núm. 45, 1995, pp. 53-93.

¹²⁹ Los primeros de 1975, denominados Informe Tindemans, que aunque no de forma directa, sí aborda en sus proposiciones la idea de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados en línea con el espíritu del principio de subsidiariedad. También el Informe Douglas de 1977, sobre materia fiscal en Europa: “*Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration*”; o el Informe Padoa-Schioppa, sobre “*Eficiencia, estabilidad y equidad: Estrategia para la evolución del sistema económico de la Comunidad Europea*”. Luxemburgo, 1987.

Intergubernamentales¹³⁰ y el Informe Sutherland¹³¹, pionero en esta materia (encargado a un Grupo independiente de expertos y vinculado a perfeccionar el cumplimiento del mercado interior), y los diversos Informes posteriores de los propios Servicios de la Comisión. La aplicación de dicho principio se basa en los criterios de necesidad, efectividad, proporcionalidad, coherencia y comunicación¹³².

En la esfera de la regulación que estudiamos son especialmente pertinentes, en orden a la aplicación del principio de subsidiariedad, las medidas relativas al perímetro de aplicación de las obligaciones de servicio público o interés general una vez concretadas a nivel nacional sobre la base del campo que ofrecen las normas de cabecera comunitarias. Y las disposiciones medioambientales y, dentro de ellas, las medidas de fomento del uso de las tecnologías renovables, tal y como se expresa en los puntos correspondientes que abordan esta materia en nuestro trabajo y, de manera singular, al abordar las dos últimas reformas (tercer paquete y Directiva siguiente en materia de renovables) y en el examen de las medidas citadas en los supuestos de posible aplicación futura del procedimiento de cooperación reforzada, en esta materia.

¹³⁰ En tal sentido baste enumerar el Proyecto Spinelli o los Informes institucionales elaborados en el seno del Parlamento europeo en el año 1990: Informes Colombo sobre un Proyecto de Constitución europea (PE Doc A3-165/190 A); M.Duverger (PE Doc A3-162/90) o Giscard destinado exclusivamente a tratar la dimensión comunitaria del principio de subsidiariedad, calificado por este autor como “regla de oro del federalismo europeo”(PE Doc A3-163/90).

¹³¹ Informe Sutherland: *Mercado Interior después de 1992*, de 26 de octubre de 1992.

¹³² — *Necesidad*: la Comunidad sólo actuaría cuando las medidas nacionales representaran un perjuicio, o fuesen inadecuadas.

— *Efectividad*: cuando de todas las acciones posibles, la comunitaria fuera considerada la más efectiva.

— *Proporcionalidad*: la acción comunitaria deberá estar directa y estrechamente relacionada con el objetivo deseado.

— *Coherencia*: las acciones comunitarias deberán ajustarse a los objetivos comunitarios prioritarios, de forma que no provoquen confusión ni impongan nuevos obstáculos.

— *Comunicación*: las ventajas de la intervención comunitaria deberán ponerse en conocimiento de la opinión pública.

5. EL ESTADO REGULADOR. EL PROCESO DE LAS PRIVATIZACIONES. NOTAS BÁSICAS SOBRE REGULACIÓN. DESREGULACIÓN Y FIGURAS AFINES. CONSTITUCIÓN ECONÓMICA ESPAÑOLA Y PROCESOS DE LIBERALIZACIÓN (INCIDENCIA SOBRE SU PROYECCIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO-ELÉCTRICO).

El Estado regulador promotor de la competencia por la doble vía de su papel corrector de los “fallos” del mercado y garante del interés público¹³³, es una manifestación en lo económico, del nuevo Estado de Derecho, tras la reformulación en lo económico del Estado de Bienestar presionado por la doble exigencia de la productividad y la competitividad (globalización, apertura de mercados, neutralización de déficits fiscales y presupuestarios inducidos por un sector público empresarial ineficiente) y la lógica de la función subsidiaria y reguladora. Un Estado asentado en la aplicación de la ley y la defensa de su primacía y en la eficiencia de sus mecanismos internos de actuación económica y social, que promueve nuevos instrumentos de arbitraje, supervisión, negociación¹³⁴ y control¹³⁵.

5.1. Las privatizaciones en el marco liberalizador.

En efecto, las notas que están caracterizando este proceso pretenden buscar un nuevo reequilibrio entre el Estado y la sociedad, en orden al reparto de las funciones que en materia económica deben ser asignadas a uno y otra. En ese planteamiento encuentran su

¹³³ Señala, con razón, Jaime Abella Santamaría (*La ordenación jurídica de la actividad económica*, Dykinson. 2003), que las normas derivadas de la existencia del Estado de Bienestar inciden en el proceso de asignación de recursos e interfieren en los mecanismos de mercado.

¹³⁴ Pablo Mayor ha destacado precisamente junto al papel regulador el de “negociación”, en distintos ámbitos: “En primer lugar, en el propio ámbito nacional, con las diversas instituciones de carácter regional y local existentes, en unas relaciones de poder cada vez más descentralizadas y próximas a los ciudadanos (España en el ámbito de la Unión Europea, es un ejemplo particularmente significativo de esta circunstancia), como también con organizaciones no gubernamentales o administrativas, tanto en sector económico (organizaciones empresariales, multinacionales) como en el social y laboral...”. Pablo Mayor Menéndez y Pablo Díaz de Rábago: *La Regulación de Internet: Poderes públicos y empresas*, en la obra colectiva “Internet, una profecía”. Ariel. Madrid. 2002.

¹³⁵ En el ámbito del gobierno corporativo de las grandes sociedades se ha venido insistiendo recientemente en la necesidad de establecer adecuados mecanismos de regulación y supervisión. Ver Informes Cardbury, Sarbannes-Oxley, o Winter, y en el caso de España, los Informes Aldama y Olivencia y Conthe. Le Monde apuntaba en su editorial de 19 de julio de 2002 que era preciso “*buscar un nuevo modelo europeo de regulación del capitalismo*”. Cabría añadir además, que la actual crisis de los sistemas financieros y deuda soberana de un buen número de Estados, entre ellos España, revela un descomunal error de control y supervisión regulatoria de los mismos. En definitiva, de nueva Gobernanza.

origen los movimientos de privatización¹³⁶, entiéndase como transferencias del sector público al privado¹³⁷ –de modo total o parcial-, concurrencia de empresas de naturaleza jurídica distinta¹³⁸, la supresión de monopolios¹³⁹ o la reducción del intervencionismo estatal¹⁴⁰ u otros matices aplicables¹⁴¹, corporatizaciones¹⁴², de estos últimos quince años,

¹³⁶ SAVAS, E. S. *Privatization Public and Private Partnerships*. Chatham house Publisher. New York. 2000.

“Las elecciones de Margaret Thatcher como Primer Ministro en el Reino Unido y de Ronald Reagan como Presidente de los Estados Unidos en 1979 y 1980 respectivamente, dieron alta visibilidad a un pronunciamiento ideológico que favoreció un movimiento privatizador. Un conjunto de procesos de desnacionalización –privatización como consecuencia de la venta de compañías públicas- tuvieron lugar en el Reino Unido comenzando por 1979: así fueron los casos de British Petroleum (1979), British Aerospace (1981), Britoil (1982), National Freight Corporation (1982), Cable Icarliet (1983), Jaguar (1984), British Telecom (1984), British Aerospace (1985), British Gas (1986), British Airway (1987), Rolls Royce (1987) y British Airport Authority. El turno de poder ulterior, no inmediato pero ulterior, a favor del Partido Laborista, no modificó, en lo sustancial, los fundamentos de las reformas emprendidas, en aquella etapa.(1987). Las compañías de agua continuaron este proceso en 1989 y las empresas eléctricas en 1990”.

¹³⁷ Según Rodríguez Arana, J.: *La privatización de la empresa pública*, Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 75, privatización no significa únicamente transferencia de una actividad pública económica al sector privado. También se refiere a la técnica de la desregulación o conjunto de reglas dirigidas a fomentar la concurrencia, permitiendo que el sector privado compita en un mercado que anteriormente era monopolizado por la empresa pública. Y afirma este autor que la privatización se produce también en los casos-subcontratación- de transferencia de la gestión de los servicios públicos al sector privado. Así pues, privatizar supone un conjunto de decisiones que comprenden, cuatro tipos de actividades: Primera, la desregulación o liberalización de determinados sectores económicos. Segunda, la transferencia de la propiedad de activos, ya sea a través de acciones, bienes, etc. Tercera, promoción de la prestación y gestión privada de servicios públicos. Y, cuarta, introducción de mecanismos y procedimientos de gestión privada en el marco de las empresas y demás entidades públicas.

¹³⁸ En esta misma línea Pérez Alvarez afirma que la privatización comprende un conjunto de decisiones que van más allá de la transferencia de la propiedad o el control de actividades públicas al sector privado de la economía e incluye la asimilación de la actividad de la empresa pública con la de la empresa privada, la desregulación o eliminación de las trabas legales que impiden la entrada en el mercado de empresas privadas que pueden concurrir con las públicas, la prestación privada de bienes y servicios públicos y el fomento del denominado “capitalismo popular”.

¹³⁹ Villar Rojas sostiene un criterio similar al señalar el carácter multifacético del concepto de privatización, distinguiendo entre desnacionalización (esto es, privatización de bienes o de capital público) y privatización de servicios públicos que es una noción más compleja e incluiría la contratación de servicios públicos, el cambio de cuotas o impuestos por precios y tasas y la liberalización como técnica encaminada a introducir competencia en ciertos sectores económicos y a romper los monopolios. Ver Villar Rojas, F.J.: *La privatización de los servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*. Ed. Tecnos. Madrid. 1992.

¹⁴⁰ Martín Mateo concibe la privatización como “la asunción por los particulares de bienes o actividades económicas anteriormente de titularidad o gestión pública” distinguiendo, dentro de esta categoría genérica, la desnacionalización, la supresión de monopolios, la disociación entre titularidad y gestión y las despublificaciones fácticas; todo lo cual debe distinguirse, a su vez, de la “desregulación” entendida como el conjunto de medidas liberalizadoras que consisten en la eliminación de restricciones que afectan a las decisiones empresariales (Vid. R. Martín Mateo: *La liberalización de la economía*. Madrid, 1988. Págs. 40 y ss.). En esta misma línea se pronuncia Rodríguez Arana que, bajo la noción de privatización incluye la desregulación o liberación de sectores económicos (como expresiones sinónimas), la transferencia de

que subvierten la existencia precedente de nacionalización extensiva en el ámbito del sector energético europeo desde finales de la Segunda Guerra Mundial, que trajo causa de la asunción por parte del Estado de la titularidad, gestión y explotación de estos servicios públicos¹⁴³.

propiedad de activos, la promoción de la prestación y gestión privada de servicios públicos, así como la introducción de mecanismos y procedimientos de gestión privada en el marco de las empresas y demás entidades públicas (Citado por Martín Mateo, op. cit., págs. 75 y ss.).

¹⁴¹ Verdera i Tuells (*La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico-militares*. Ministerio de Defensa. Marzo 2000) habla de transferencia de actividades empresariales desarrolladas por los poderes públicos a sujetos privados, que de este modo asumen su titularidad sea de modo total o parcial. Afirmando en tal sentido que la privatización de las empresas públicas en un ordenamiento económico democrático, no puede separarse de una liberalización del sistema en el que deberán operar las empresas privatizadas, lo que presupone un sistema público de defensa de la competencia. Se separa, por tanto, claramente la privatización de las medidas que deben o pueden acompañarla.

Sala Arquer (J.M.: *La liberalización del monopolio de petróleo en España*. Madrid, 1995, pág. 25) recuerda la necesidad de separar los conceptos de privatización y liberalización, en la medida en que puede haber competencia sin privatización (por ejemplo, en la prestación de una actividad de servicio público por varios concesionarios) y privatización sin competencia (por ejemplo, la simple “despublificación” de una empresa pública monopolística).

Como señala Piñar Mañas (*Privatizaciones de empresas públicas y Derecho comunitario*. Revista de Administración Pública, núm. 133, 1994), la privatización puede entenderse en sentido amplio o estricto. En la primera acepción, incluiría toda una forma de comprender la actividad de la Administración, sus límites y sus relaciones con los particulares. Expresaría la tendencia a hacer uso, cada vez con mayor insistencia, de técnicas jurídico-privadas en el ámbito de actuación de los entes públicos. En la acepción estricta, hace referencia a una de las manifestaciones de esa tendencia: Privatización de empresas públicas entendida como transferencia total o parcial al sector privado de la titularidad y gestión.

En opinión de Vickers y Yarrow (Vickers, John y Yarrow, George, 1988: *Privatization. An economic analysis*. MIT. Press.) los objetivos que deben asumir los procesos privatizadores de bienes y servicios públicos son: reducir el intervencionismo gubernamental en las decisiones de las empresas; reducir la deuda pública; incrementar la competitividad y fomentar la concurrencia; extender el accionariado popular; debilitar los sindicatos; sustituir la titularidad pública por la regulación de las actividades económicas; limitar y controlar la actividad de las entidades locales.

El “Programa de Modernización del Sector Público Especial del Estado” que aprobó el Gobierno de España el 28 de junio de 1996 señalaba que es la “transferencia total o parcial de la propiedad de empresas a través de la enajenación de las participaciones en el capital de sociedades, acciones, activos o unidades de negocio y en todo caso cuando dicha enajenación suponga para el sector público estatal la pérdida de influencia decisiva en la empresa de que se trate”.

Así Alvaro Cuervo (*Las privatizaciones en España*. Cuadernos de Información Económica nº 119. 1997) señala que la privatización aparece como una nueva desamortización o puesta en disposición de venta de los bienes en manos muertas, en este caso, el Estado.

¹⁴² Término anglosajón que define el proceso en virtud del cual el Estado externaliza una de sus actividades, y como consecuencia de ello crea una Sociedad controlada accionarialmente por el sector público, con el fin de privatizarla ulteriormente.

¹⁴³ Como ha estudiado Joaquín Trigo, entre 1996 y 2002 se vendieron 45 empresas y participaciones minoritarias en otras 4. Se hicieron 13 OPV. Los ingresos rebasaron los 26.562 M€. Esto contribuyó al ajuste

Como ha señalado Joaquín Trigo, con la privatización se obtienen resultados directos e indirectos, que no siempre permiten una relación de causa a efecto inequívoca. En líneas generales (v. S. Barnett, 2000 y R. Gönenç, M. Maher y G. Nicoletti, 2000) y con las cautelas necesarias en la evaluación de procesos complejos y desiguales, han servido para reducir desequilibrios ligeros en el presupuesto público, han ayudado a mejorar los resultados macroeconómicos, han facilitado el acceso a la propiedad de los ciudadanos, han ampliado la oferta y la profundidad de los mercados financieros y aumentado la calidad de los servicios públicos, al tiempo que han contribuido a mejorar la eficiencia y los resultados obtenidos, especialmente cuando se acompañan de introducción de competencia y los compradores no eran antiguos gerentes o empleados. Los objetivos básicos de la privatización han sido los que se exponen a continuación:

1. *La generación de ingresos para reducir déficit o deuda pública.* Desde 1992 la Comisión Europea ha estipulado que, a efectos de las condiciones de ingreso en la UME, los recursos procedentes de esas ventas se asignen únicamente a la reinversión, sea en otras empresas o en infraestructuras, o bien a la reducción de deuda. En el primer caso se hace un intercambio entre activos; en el segundo, una reducción simultánea de activo y de pasivo; en ambos, se mantiene el equilibrio patrimonial.

2. *Impulso a la eficiencia.* La investigación empírica (v. W.L. Megginson y J.M. Setter, 2001) pone de relieve que las empresas privatizadas son más eficientes y rentables que antes de la privatización y que ese resultado puede potenciarse si se acompaña de medidas de fomento de la competencia que refuerzan su aportación al dinamismo económico (v. S. García Echevarría, 1999). Al efecto de los incentivos, ya mencionado (tratados en A. Cuervo 1997 y 1998), debe añadirse el de la reducción de influencias extraempresariales en la gestión directa (M. Boycko, A. Shleifer y R.W. Vishny, 1996) y las sinergias que aporta el comprador.

presupuestario del sector público, más por la vía de saneamiento y eliminación de déficit de otras empresas que por ingresos directos. Se lograron unos ocho millones de nuevos accionistas ampliando los mercados de valores. El aumento de la competencia derivado de desregulación y privatización llevó a que las tarifas telefónicas y eléctricas pasaran de rebasar la media europea a quedar por debajo, aun cuando las medias en la UE también descendieron.

3. *Acceso a la propiedad de los ciudadanos.* Tanto si se trata de la venta de acciones como de viviendas o terrenos, se producen efectos importantes. En el primer caso se amplía la profundidad y la liquidez de los mercados de valores, con lo que se facilita el acceso al capital de las empresas, pero también aumenta la implicación de las personas en la vida económica. En el segundo caso aumenta el incentivo de los propietarios por mejorar la calidad, el aspecto y el mantenimiento de sus viviendas y del entorno, que queda fuera de la responsabilidad de los institutos públicos de la vivienda.

4. *Lealtad competitiva.* Las ventajas de las empresas públicas en cuanto al coste del crédito, disponibilidad de terrenos, posibilidad de recalificar los existentes, acceso más fácil a la licitación pública y otras, suelen crear dificultades para las privadas que compiten en el mismo ámbito. Con la privatización la situación se altera, especialmente donde se parte de empresas que operan al margen de mercados competitivos. Los resultados en forma de impulso a la inversión en otras empresas pueden reforzarse si, a través de la normativa adecuada, se previenen las posibles prácticas de abuso de posición de dominio que pueden conseguirse con la creación de barreras estratégicas y por otras vías. En la UE la normativa comunitaria impide situaciones de privilegio para las empresas públicas, con lo que la privatización es un medio para alcanzar los fines del mercado único, mientras que el mantenimiento de la presencia pública en la actividad empresarial chocará con restricciones crecientes.

El conjunto de empresas privatizadas aumentó su internacionalización, por vía directa y, también, gracias a la integración en grupos que aportaron tecnología, mercados y capacidad financiera. El diseño de las operaciones y la supervisión del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia y las valoraciones correspondientes y controles ex-ante de la Intervención General del Estado y del Consejo de Privatizaciones, y ex-post del Tribunal de Cuentas, disuadió, impidió o frenó que las posibles situaciones de abuso tuvieran lugar¹⁴⁴, o ha permitido, eventualmente, estar en condiciones de fiscalizarlas¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Joaquín Trigo: *Privatizaciones en España*. 26.2.2004.

¹⁴⁵ Ver Fernando Díez Moreno: *“Memoria de un Subsecretario (1996-2000)”*. Edición no venal. Madrid, 2007:

Entre otros trámites internos, un procedimiento de privatización exigía los siguientes:

A la pregunta no ya de qué se entiende política, jurídica y económicamente por privatizar, sino por qué se privatiza, caben distintas causas: a) Mejora de la eficiencia del sistema o sector productivo sobre el que se plantea la privatización o devolución a la actividad empresarial privada, es decir, mejora de “managements” y de sus condiciones de

-
- Un acuerdo del Consejo de Administración de SEPPA (o de SEPI), poniendo en marcha la operación y convocando un concurso para la selección de asesor y para la selección de los coordinadores globales, tanto de tramo nacional como internacional. El concurso estaba basado en una serie de criterios objetivos como eran los relativos a la experiencia sectorial, conocimiento de la empresa, diseño de la operación, participaciones en OPV anteriores y propuestas de colaboración, que incluía los servicios a prestar, el equipo humano disponible, así como los honorarios.
 - Un segundo acuerdo del Consejo resolviendo el concurso y nombrando asesor y coordinadores para el tramo nacional y para el internacional. En ambas selecciones, se dejaba constancia en el acta de la reunión de los criterios seguidos para la valoración de cada concursante, así como los fundamentos de la decisión tomada.
 - Un tercer acuerdo, una vez producido el anterior para la designación del Banco agente, entre los ya designados como coordinadores globales. El Banco agente cumplía importantes funciones, por cuanto tenía que centralizar todas las solicitudes de compra minorista, recibir las cintas magnéticas de todas las entidades que participan en la operación para casarlas, ejecutar el prorrateo, en su caso, realizar los servicios de cobro y pago y todo lo que son las operaciones de compensación y liquidación a través de las correspondientes entidades. En el Acta del Consejo se dejaba asimismo constancia de los criterios seguidos para la selección y los fundamentos de la decisión.
 - El cuarto acuerdo se refería al nombramiento de los Bancos directores de tramo y a la firma de los contratos de aseguramiento con el sindicato de aseguradores, en los que podían participar hasta 25 ó 30 entidades, llegándose así a la elaboración del esquema de participación propio de este tipo de operaciones.
 - A partir de este momento empezaban los controles externos. Así el Consejo Consultivo de Privatizaciones emitía sus informes, que podían ser varios, sobre si se habían observado los principios de objetividad, transparencia y publicidad en las distintas selecciones efectuadas en los acuerdos anteriores, sobre la composición del sindicato de aseguradores o sobre el proyecto de Real Decreto del “acción de oro”.
 - Simultáneamente a todo lo anterior se tramitaba, en su caso, el Real Decreto sobre la “acción de oro” que se sometía a todos los trámites y “avatares” propios de una disposición de carácter general, y aprobarse por la Comisión de Subsecretarios y la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, antes de su remisión al Consejo de Ministros.
 - La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos examinaba detenidamente todos los aspectos de la operación, tanto los económicos como los políticos y de oportunidad.
 - Por último, el Consejo de Ministros, previa fiscalización de la Intervención General de la Administración del Estado, aprobaba la operación que se notificaba a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ante la que debía presentarse, y ser aprobado, el correspondiente folleto en el que se contenían todos los pormenores de la operación.

entorno respecto de la eficiencia de gestión; b) Reducción de la previsión presupuestaria pública; c) Búsqueda por parte del Estado de mayores fondos económicos, a fin normalmente de encontrar un equilibrio presupuestario más saneado; d) Dar entrada al capital privado nacional y/o internacional (inversiones extranjeras)¹⁴⁶.

En el sector eléctrico dos han sido los procesos de privatización centrales: Endesa y Red Eléctrica¹⁴⁷. Privatizaciones sometidas, sin embargo, por la Ley 5/1995 a un control parcial e indirecto del Estado en la estructura accionarial y gestión de estas Sociedades por la existencia, para determinados casos, de autorizaciones administrativas previas, prerrogativas conocidas como “acción de oro”.

Joaquín Trigo efectúa un balance de las privatizaciones energéticas, señalando:

— *Gas Natural* culminó su privatización en 1996. En comparación con el grupo e grandes empresas, tiene una posición de rentabilidad y de liquidez mucho mejor. El descenso en la posición de liquidez del año 2001 se corrigió en el ejercicio siguiente, en que se logró la mejor configuración de la serie.

La posición comercial es algo inferior en cuanto a margen, pero mucho mejor en rotaciones. Esto parece indicar que el beneficio surge más del crecimiento de la actividad

¹⁴⁶ SAVAS, E. S. *Privatization Public and Private Partnerships*. Chatham house Publisher. New York. 2000.

E.S. Savas se pregunta el por qué y cómo privatizar, explicando a continuación las razones e incluso la necesidad de los procesos de privatización, sosteniendo su argumentación sobre la base de lo que el califica con síntomas y diagnosis. Junto a ello el profesor Savas indica cuales son los indicadores de mal funcionamiento de algunos servicios que procuran o que habilitan y justifican la apertura de procesos de privatización. Entre estos indicadores señala los siguientes como características propias de los potenciales candidatos a un proceso de privatización: a) Ineficiencia y baja productividad; b) Baja calidad de los bienes y servicios; c) Continuas pérdidas y el aumento de la deuda; d) Ausencia de capacidad de gestión o insuficiente autoridad ejecutiva; e) Bajo mantenimiento de los servicios y equipamientos; f) Insuficientes fondos necesitados para la inversión de capital; g) Excesiva integración vertical; h) Obsolescencia a la práctica y a los productos; i) Baja capacidad de marketing; j) Prácticas ilegales, etc. En definitiva las razones para la privatización se basan en varios grandes grupos que son el de la ineficiencia en el funcionamiento de la compañía, la baja calidad de los productos y servicios, el aumento de las pérdidas o el aumento de la deuda, y la baja capacidad de mantenimiento e insuficiente capacidad inversora así como la excesiva integración vertical de la compañía en cuestión.

¹⁴⁷ En *Veinte años de privatizaciones en España*, del Instituto de Estudios Económicos 2004, J. Trigo, págs. 83–85, hace una valoración positiva utilizando indicadores de eficiencia de ambos procesos.

que en la absorción de excedente del consumidor, si bien este punto depende del precio de la materia prima, que no es controlable por la empresa.

— *Repsol*. Como en buena parte de las OPV de las grandes empresas, su privatización se hizo en varios tramos a fin de no afectar negativamente las condiciones de colocación. La posición financiera es, en promedio, más débil, pero la empresa ha ido mejorando a lo largo de estos años su posición de liquidez.

El margen sobre ventas tiene un buen valor, aunque con fluctuaciones amplias. Este dato podría mejorar si se perfecciona la rotación del activo, pero buena parte de sus inversiones se realizan en prospecciones mineras que maduran a largo plazo. Los resultados en esas actividades apuntan a mejoras futuras de las rotaciones, pero con las salvedades de un sector en donde los precios finales se fijan en situaciones de competencia imperfecta y están sujetos a influencias no controlables.

La solvencia de Repsol rebasa la del grupo de grandes empresas y su trayectoria expansiva es más vigorosa que la de las grandes empresas en cuanto a cifra de negocios y de personal, que en este grupo se redujo, al igual que la proporción que representa la carga financiera sobre el volumen de negocios. En cambio, el beneficio por empleado y la rentabilidad del activo son más bajos.

— *Endesa*. La posición de Endesa muestra mayor rentabilidad pero menor margen y las mismas rotaciones. Los indicadores de eficiencia son menores en Endesa. En cambio, los de crecimiento de ventas y de empleados son mayores.

— *Red Eléctrica Española*. Su evolución muestra el mantenimiento de un alto nivel de rentabilidad comparada con las empresas del sector, aunque con descenso en la posición financiera. El margen se mantiene elevado y las rotaciones descienden. El cambio de propiedad se dio en 1999 y, por tanto, sólo hay dos años en la nueva situación que, con la información aquí recogida, parece caracterizarse por la estabilidad. Los indicadores de beneficio sobre activos y por persona ocupada son mejores que los del grupo, pero los de ritmo de crecimiento de ventas son menores.

Ahora bien, coincidimos con Fernando Díez Moreno en su completo análisis sobre la experiencia seguida en España en un determinado período especialmente importante en el impulso de la política económica a favor de la apertura a la competencia, y el impulso del “desapoderamiento” del Estado en sus funciones anteriores de prestador de servicios económicos esenciales y su transferencia al sector privado¹⁴⁸, eso sí, reteniendo obviamente

¹⁴⁸ Ver Fernando Díez Moreno: “*Memoria de un Subsecretario (1996-2000)*”, antes citada:

En cumplimiento del Programa de Investidura, el Gobierno aprobó el 28 de junio de 1996 un Acuerdo en el que se estableció un “Programa de modernización del sector público empresarial”. Entre otras medidas se creaba la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales (SEPPA), que sería la responsable de las operaciones de privatización perteneciente al área de Hacienda; se establecieron una serie una serie de principios que habrían de inspirar el proceso en su conjunto, como eran los de publicidad, transparencia y competencia, separación de gestores de las empresas y agentes privatizadores, principio de corrección de desequilibrios presupuestarios, principio de salvaguardia de los intereses económicos generales y patrimoniales, principio de protección de accionistas y de terceros, principio de continuidad del proyecto empresarial, principio de ampliación de la base accionarial (capitalismo popular) y principio de sujeción al control de las operaciones. Junto a estos principios se creó el Consejo Consultivo de Privatizaciones, y se estableció que la Intervención General de la Administración del Estado debería informar todas las operaciones que se efectuasen, sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas o del control parlamentario que debiera realizarse en ejercicio de las facultades de las Cámaras.

Señala Díez Moreno que las libertades de circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, en que se inspiraba el Mercado Único en la Unión Europea determinaban que, una vez conseguidas esas libertades con el Acta Única Europea en 1992, la propia dinámica de las libertades obligara también a ampliar su ámbito de aplicación. Concretamente, la libre circulación de servicios en la Comunidad Europea se había entendido hasta entonces desde una perspectiva, llamémosle, individual. Se liberalizaban servicios de banca, de seguros, turísticos o prestaciones de servicios profesionales. Pero había llegado un momento en que, a punto de conseguirse esa libertad, a punto de suprimirse los obstáculos que la impedían, el propio concepto de libertad se había transformado hasta el punto de que en ese momento se podía hablar de una libre prestación de servicios, pero de *servicios públicos* que, como su nombre indica, no solamente tenía un lado pasivo de servicio universal, prestación al usuario, sino que tenía también una perspectiva activa, la de que cualquier empresa europea pueda prestar servicios públicos en cualquier país. En definitiva, estábamos enfrentando un concepto de intervención a un concepto de regulación.

Cuando se aprobó la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, se inició el proceso de liberalización de este sector, y como consecuencia necesaria, la privatización de Endesa. Cuando se aprobó la Ley 34/1998, de liberalización de los Hidrocarburos, estaba claro que había que privatizar Repsol. Cuando se aprobó la Ley 11/1998, General de Telecomunicaciones, era evidente que había que privatizar Telefónica. Y cuando se aprueba la Ley 13/1998, del Mercado de Tabacos, le llegó el turno a Tabacalera. ¿Por qué era evidente que había que privatizar las empresas? Porque en un sector económico que se liberaliza, en un sector en que se devuelve al mercado todas sus posibilidades, el Estado no puede ser titular de porcentajes de capital de las empresas del sector, aunque sea de un porcentaje pequeño. Es indiferente que el Estado sea, titular del 2, del 5 o del 20 por ciento del capital de una sociedad, porque la presencia del estado, por sí misma, tiene un significado para el mercado que supera con creces la importancia de los números.

En definitiva, se enfrentaba una concepción de prestación directa de los servicios por el estado, a través de las empresas prestatarias, a una concepción de prestación indirecta de los servicios mediante concesión y respetando el carácter privado de la concesionaria, porque entendíamos que eso era más eficiente y eficaz, e iba con los tiempos que vivíamos. Una concepción de intervención se enfrenta a una concepción de regulación. Entiendo que ambas concepciones son legítimas desde el punto de vista democrático. Nosotros participábamos de una concepción regulatoria y no intervencionista y queríamos dar oportunidad a la empresa privada de ejercer dentro del marco de su concesión y del ordenamiento jurídico sus propias responsabilidades.

potestades de “supervisión regulatoria” y, sobre todo, en la necesidad de acomodar su marco regulador a las exigencias de un mercado único europeo- en el sentido señalado por Díez Moreno de pasar a una interpretación activa y amplia del principio de libre circulación y liberalización de servicios de carácter individual a libre circulación de servicios públicos intracomunitaria- lo antes posible, conscientes de que un retraso en el ritmo de ajuste a dicho proceso incorporaría efectos adicionales negativos a medio y largo plazo.

5.2. Notas básicas sobre la Regulación en el ámbito de los servicios esenciales de mercado.

Es evidente, además, que en aquellos sectores que, como el eléctrico, la mercancía suministrada incorpora o lleva aparejado un servicio de interés general, un cierto nivel de regulación se hace imprescindible. La diferencia estriba, como antes apuntábamos, en que un adecuado marco liberalizador no procura la desaparición de la regulación en los sectores o servicios de interés general sino que cambia el centro de gravedad de aquella. No se trata ya de una regulación asociada a la intervención y el control del servicio que se presta o de las entidades encargadas del suministro de la mercancía que se entrega; sino de una regulación orientada “hacia” el mercado, a asegurar su eficaz funcionamiento, y la coordinación de la actividad o actividades que actúan en el mismo¹⁴⁹.

Las operaciones de privatizaciones debían estar condicionadas, al menos, a dos elementos. En primer lugar, a las exigencias del mercado. No se puede privatizar cuando se quiere, sino cuando se puede. En segundo lugar, estaban también condicionadas al contexto internacional. No se podía privatizar una empresa como Telefónica, sin tener en cuenta los planes anunciados o conocidos de operaciones similares o análogos en los países de nuestro entorno.

¹⁴⁹ Ver por su interés al respecto: “Libro Blanco sobre el Papel del Estado en la Economía”, dirigido por Rafael Termes. 1996; “Regulation”, Stephen Breyer. Harvard College; o “Economía y Estado”, Gaspar Ariño. Marcial Pons. 1993; ver también: “Social Insurance and Allied Services”, William Beveridge. London. Her Majesty’s Stationery Office. 1942.

Ver también: “Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico”, por Francisco José Villar Rojas:

“La regulación económica, esto es, la ordenación jurídica de la actividad económica en los países industrializados, que consiste, de una parte, en la imposición de controles para acceder o salir de un sector económico; de otra, en el establecimiento de condiciones sobre los niveles de producción o la calidad de los servicios; finalmente, en la ordenación de las relaciones de unas Compañías con otras (carteles, fusiones), por razones que trascienden la libre competencia.

En cuanto a sus caracteres, baste destacar que la regulación económica es tan válida para incentivar y proteger la libertad comercial e industrial, como para limitar su alcance y contenido; que, atendiendo a un criterio subjetivo, cabe hablar de regulación legislativa y regulación administrativa, si bien la que mayor peso

En cualquier caso, la reducción del papel del Estado productor y propietario ha de compensarse, a través de la transferencia de estas actividades al sector privado, con un aumento, nuevo sentido y mayor eficacia de la función reguladora del Estado en la actividad económica¹⁵⁰. Así pues, el papel del Estado no desaparece en estas importantísimas esferas de actuación, pero cambia. Así, el Estado establece el marco de actuación y las empresas privadas gestionan la evolución del sector, dentro del mismo.

El término regulación¹⁵¹ hace referencia a diferentes procedimientos utilizados por los sectores públicos para intervenir en la economía, afectando al funcionamiento de los

tiene y la que mayores conflictos plantea es esta última; y, en fin, que la misión de la regulación es la ordenación de la sociedad por lo que no resulta adecuada para mejorar la redistribución de recursos, función que compete a otras actividades y medios del Estado”.

Nos recuerda Villar Rojas (*Privatización de servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico*) que la primera ocasión en que utilizamos el término “regulación” aludíamos a la ordenación por el poder central de los servicios prestados por las Entidades locales (parroquias y distritos), durante los siglos XVIII y XIX para atender la demanda imparable de servicios provocada por la industrialización y urbanización de la sociedad británica. No obstante, la causa original no fue tanto la demanda de servicios, como la necesidad de obtener ciertas prerrogativas sobre los derechos de los ciudadanos para construir las infraestructuras que constituían el soporte de los servicios de interés general [...] Pues bien, a partir de estas premisas, la regulación estatal se extendió a múltiples servicios y actividades económicas, respondiendo siempre a cinco principios básicos:

- a) Proteger los intereses públicos y privados que pudieran resultar afectados por el establecimiento de servicios en régimen de monopolio.
- b) Imponer obligaciones en materia de seguridad y calidad de las instalaciones.
- c) Asegurar la atención de toda demanda razonable del servicio y fijar un estándar de calidad.
- d) Controlar los precios y las tarifas.
- e) Conferir potestades de inspección y supervisión al Gobierno para garantizar el cumplimiento de las condiciones anteriores.

¹⁵⁰ También Eva Desdentado Daroca ha estudiado con detalle esta evolución o tránsito del “Estado prestador” al “Estado regulador”, señalando que el sobredimensionamiento del sector público, la necesidad de reducir el déficit, la teoría de los fallos del mercado, la presión de la globalización de la economía y el ensalzamiento de la competencia y de la actividad privada ha llevado a dos formas de privatización: 1) La desnacionalización o transferencia de la propiedad de los activos públicos al sector privado, y 2) La liberalización o desregulación de los monopolios públicos. Eva Desdentado Daroca: *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*. Tirant la blanch alternativa. Valencia. 1999.

¹⁵¹ CECILE, Isidoro. *L’ouverture du marché de l’électricité à la concurrence communautaire*. L.G.D.J. Montchrestien. Paris. 2006.

mercados y a la asignación de recursos. En sentido general, puede decirse que el concepto de regulación engloba toda la normativa que impone limitaciones al funcionamiento de los mercados, distinta de los ingresos y gastos públicos, y que determina el distinto nivel de control público o administrativo que se ejerce en un sector o respecto de un mercado¹⁵². Básicamente, la regulación incluye la reserva de actividades productivas, la fijación de precios administrados, las barreras legales de entrada o salida de los mercados, las exigencias de calidad de los bienes y servicios comercializados y las restricciones al régimen de propiedad de las Empresas¹⁵³.

Suelen distinguirse tres tipos de regulación: la económica, la social y la administrativa. La regulación económica se implanta bajo el pretexto de mejorar la eficacia de los mercados

“El concepto de regulación se encuentra así mismo oscurecido por la referencia a la palabra inglesa *regulation* en la cual la traducción exacta es reglamentación. La reglamentación, en el sentido de elaboración de normas, no es la regulación en sentido propio sino que puede constituir una de las modalidades de regulación. La regulación se distingue de la tutela en la medida en que ella reposa en la autonomía de los actores del mercado y se inscribe dentro de un esquema las relaciones *de igual a igual*.”

“La reglamentación puede ser definida como un conjunto de reglas de carácter general, dictadas más frecuentemente de manera unilateral por los poderes públicos, nacionales o locales, a fin de encuadrar una actividad. Las nacionalizaciones constituyen el ejemplo extremo de reglamentación de la economía, igual que la reglamentación de precios. No se trata de una regulación en el sentido contemporáneo del término, dado que las nacionalizaciones se traducen generalmente por una confusión del rol del gestor y del regulador. Dado que la reglamentación se define esencialmente por su carácter unilateral se distingue de la regulación que no cumple la misma función normativa. La regulación traduce una forma moderna de intervención del Estado que reposa fundamentalmente sobre la concertación con los actores económicos más que sobre la unilateralidad de la relación.”

¹⁵² En opinión de Pedro Meroño, esta creciente intervención de los poderes públicos en ámbitos de actividad antes reservados a la actividad privada se ha venido aceptando como normal, hasta el extremo de ser vivida hoy como algo incontestable. Este es un grave error. Siempre debe plantearse la justificación de la intervención del poder público sobre las relaciones entre particulares. La alegación de la existencia de una causa de servicio público o de interés público, base de toda intervención del poder, no debe suponer, sin más, su aceptación acrítica, con la consiguiente pérdida de la libertad individual y de la eficacia de la propia gestión personal o individual, frente a la gestión de los terceros, aunque venga adornada del carácter de lo público. (*¿Derecho versus Regulación?*, Seminario sobre el Sector Energético. Perspectivas jurídicas y económicas de la Regulación. Madrid, 3 y 4 de julio de 2002).

¹⁵³ L. Bernaldo de Quirós aclara que identificar la regulación con el Estado y/o con el Gobierno constituye un craso error. Argumentando que existen muchos instrumentos a través de los cuales es posible regular una parte sustancial del mercado sin la interferencia del Gobierno. En unos casos, los poderes públicos pueden establecer un marco general dentro del cual las empresas introducen mecanismos de autorregulación dentro del sector en donde operan sin injerencia estatal. En otros, la industria es capaz de reglar sus propias actividades y el Gobierno debe reservarse el derecho de inspección, que tampoco tiene por qué recaer sobre funcionarios del Estado. Por último, hay casos en los que cabe la emergencia de un sistema de regulación externo a las compañías en respuesta a las exigencias de los productores y de los consumidores, gestionado por organismos independientes que proporcionan estándares y códigos de conducta (Ver Blundell J. y Robinson C., *Regulation Without The State*, IEA, 1999).

e incluye restricciones a la entrada, salida o al ejercicio del poder monopolístico en el mercado, así como controles sobre los precios, la producción y la provisión de los servicios. La regulación social dice perseguir la protección de valores o derechos sociales y establece las condiciones bajo las cuales pueden producirse o venderse bienes o servicios. Entre sus proclamados objetivos figuran la protección del medio ambiente, del trabajo, del consumidor, etc. Por último, la regulación administrativa va dirigida al control de la forma en la que el Gobierno administra y asigna sus recursos y propiedades, y en especial los impuestos, con el fin de financiar sus actividades y, supuestamente, promover la eficiencia administrativa, definiendo el papel y las responsabilidades relativas de los sectores público y privado. Se incluyen en este último tipo la regulación fiscal, el sistema sanitario, la economía sumergida y la provisión de información sobre la actividad de las empresas¹⁵⁴.

Para Kahn¹⁵⁵ (*“The Economics of Regulation”*), en términos generales, las justificaciones de la regulación serían:

- a) La importancia de las industrias de servicio público, no sólo por su volumen en relación con la producción nacional total, sino por su gran influencia, como suministradores de “inputs” esenciales para otras industrias. Estas industrias constituyen la infraestructura necesaria para el desarrollo económico, y pueden condicionar sus posibilidades de crecimiento. Y, cabría añadir, por ello a mi juicio, que el carácter estratégico de la energía eléctrica se vincula pues hoy sobre todo a razones económicas dada su posición de coste de producción esencial para el conjunto del sistema económico.

¹⁵⁴ Jaime Abella (*La ordenación jurídica de la actividad económica*, Dykinson, 2003) destaca sintéticamente lo que considera son las tres funciones del Derecho en la actividad económica: como fundamento y garantía de la actividad económica, como corrector de los fallos del mercado y como protector del equilibrio de intereses, añadiendo que las dos últimas se asocian al hablar del Estado como regulador.

¹⁵⁵ A juicio de la OCDE la Regulación económica es específicamente industrial. Se refiere a los precios, calidad y fiabilidad, entrada y salida del mercado e inversiones. La Regulación social, por otro lado, tiene por objetivo proteger un interés social como la salud, la seguridad y el medio ambiente. La regulación económica se refiere principalmente a la corrección de los resultados de mercados monopolísticos o donde la competencia es imperfecta. La regulación social se refiere fundamentalmente a la corrección de externalidades o los problemas de información.

- b) Muchas de ellas son monopolios naturales: sus costes son menores si hay un sólo o único administrador.

Para Scherer las causas principales que justifican la regulación son:

- a) Evitar fallos del mercado como son las asimetrías en la información o las externalidades. (Así, una empresa puede informar al consumidor sobre ciertos aspectos que incentivan la compra y no ofrecer información alguna sobre otros).
- b) La regulación puede tener lugar también aunque los mercados funcionen adecuadamente, porque el poder político no esté satisfecho con los resultados que ofrece o que consideren que el bien o servicio es demasiado importante para que su distribución y su precio se determinen exclusivamente, por el mercado, entendiendo éste como sector estratégico, en sentido tradicional (Así, en los años setenta el Gobierno de los Estados Unidos reguló los precios y la distribución del crudo de petróleo y del gas natural).
- c) En tercer lugar, también se argumenta que los productores sujetos a regulación normalmente están mejor organizados y más preparados que los consumidores. De aquí que los principales beneficiarios de la regulación no sean los consumidores, sino los productores.

La racionalización de los principios de regulación se sustenta en prever, evitar o promover, el cambio de los fallos que tienen lugar en el contexto de un mercado abierto¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Desde la perspectiva doctrinal cabe considerar, en principio, tres tipos de fallos del mercado:

- a) Problemas de información: Que incluye fallos en la información de los mercados, por ausencia de transparencia de los mismos u otros motivos; imperfecciones en la formación de los precios o información asimétrica sobre la calidad de un producto.
- b) Externalidades: Cuando las acciones de una empresa afectan a otras o a particulares.
- c) Poder monopolístico o poder de mercado: El poder de mercado daña la eficiencia económica de dos maneras:
 - Suministrando al mercado un volumen de bienes y servicios que éste no demandaría en condiciones competitivas, dado que la sociedad dominante tiene el incentivo de cargar precios mayores por coste marginal.

Ello se hace para restringir suministros y/u ofertas con el objetivo de maximizar beneficios (lo que

Algunas veces el origen proviene de una competencia encarnizada. En otras, la regulación responde a la voluntad de los productores de evitar “arruinar el mercado” como consecuencia de una entrada masiva¹⁵⁷, e indebida de operadores.

La regulación económica es, a juicio de Breyer, el instrumento en manos de los poderes públicos a través del que intentan controlar los precios, la entrada y salida del mercado, las condiciones de la producción de bienes o prestación de servicios, las decisiones de la calidad de los productos de las empresas y evitar que determinadas decisiones derivadas puedan lesionar el interés público.¹⁵⁸

A juicio de M. García Pelayo, el Estado junto a sus objetivos tradicionales ha asumido la garantía de la estabilidad de una sociedad acentuadamente dinámica y compleja¹⁵⁹.

resulta en perjuicio o detrimento de la denominada “eficiencia alocativa”).

- Ausencia de fuerzas competidoras que anulan incentivos para la innovación e inversión (la denominada eficiencia dinámica) y que provee bienes y servicios al más bajo coste (denominada “eficiencia productiva”).

¹⁵⁷ En Eloy Alvarez Pelegrí: “Economía Industrial del Sector Eléctrico: Estructura y regulación”

¹⁵⁸ S. Breyer: “Regulation and deregulation in the United States. Airlines, Telecommunications and Antitrust”, en “Deregulation or Re-regulation. Regulatory reform in Europe and the United States”. Editado por G. Majone. 1990. “Regulation and its reform”. Stephen Breyer. Harvard University Press. 1982.

Por otro lado, como recuerda Juan de la Cruz en “Principios de regulación económica en la Unión Europea”, Instituto de Estudios Económicos, 2002, *“en determinadas políticas públicas es difícil encontrar un acuerdo sobre la definición de en qué consiste el interés público [...] y si pasamos al terreno de los resultados, la perspectiva del interés público no es difícil de atacar sobre la base de que los modelos de regulación han fracasado en determinadas ocasiones”*. Desde el punto de vista económico, como recuerda Clifford Winston en la edición de Germà Bel i Queralt (Privatización, regulación y ¿competencia?. Editorial Civitas. 1996), Harvey Averch y Leland Johnson ya en 1962 atacaron la teoría del interés público centrándose en el comportamiento de la empresa regulada y sosteniendo que *“la regulación sobre el coste del servicio incentiva a la empresa a tomar decisiones distorsionadas sobre los inputs, normalmente sobrecapitalizándose, para expandir la base sobre la que se calcula la tasa de retorno”*. La teoría de la elección pública “public choice” de la Escuela de Chicago, supone que las conductas en el proceso político no difieren esencialmente de las conductas que se desarrollan en el mercado, y que los individuos actúan en ambos escenarios de manera racional para maximizar su propia utilidad. Alfred Kahn (“The economics of regulation: Principles and institutions”. New York. 1971) sostiene que el comportamiento regulatorio en que se basa la “teoría de la elección pública podría surgir de la responsabilidad de los reguladores para la provisión y mejora continuadas del servicio”.

¹⁵⁹ El Estado ha dejado de considerar a la sociedad como un sistema estático, cuyo equilibrio sólo se mantiene si permanecen inmutables ciertos valores y status, para considerarla como un sistema dinámico que mantiene su equilibrio precisamente a través de los cambios de valores y situaciones, lo que exige una constante y compleja acción reguladora por parte del Estado, que ha de proceder a planificar, bien que dentro de una economía de mercado y, por tanto, en forma más indicativa que imperativa, pero que en todo caso, tiene importantes consecuencias para los actores del proceso económico. A eso se añade que el Estado es “per

La intervención pública a través de la regulación se justifica económicamente por la existencia de “fallos” en el funcionamiento del mercado, de tal forma que el nivel y la composición de la producción basada en criterios estrictamente privados se juzga como ineficiente o, al menos, insuficiente¹⁶⁰. El “fallo” más relevante del mercado regulado sobre el que debe ejercerse un cierto grado de intervención o control es el que deriva de la existencia o necesidad de remoción de los monopolios naturales. La falta de equidad en la distribución de la renta y de la riqueza generada por el sistema de mercado se revela a menudo como una justificación adicional para la regulación pública, más discutible, en nuestra opinión, tanto desde el punto de vista tanto teórico o conceptual como operativo.

Las tendencias actuales coinciden, y esto es lo verdaderamente importante, a nuestro juicio, en el uso de la regulación como un instrumento al servicio del mercado y no como su sustituto¹⁶¹.

Es necesario que el Estado rectifique sus formas de actuación en un doble sentido: a) paso del Estado productor al Estado garante de determinadas situaciones de riesgo financiero; b) paso del Estado titular exclusivo de actividades económicas, al Estado regulador, en defensa del mercado¹⁶².

se” la organización económica más fuerte de la sociedad nacional: el más importante de los clientes y el más poderoso de los capitalistas.

En resumen, el Estado, en función de sus objetivos, de los métodos para realizarlos y de los recursos de que dispone se muestra como el regulador constante de la sociedad.

¹⁶⁰ Ver también la síntesis que formula François Lévêque sobre los fallos del mercado y su origen doctrinal en la teoría del óptimo económico de Pareto. F. Lévêque: *Économie de la Réglementation*. Le Decouverte. París. 1998. Págs. 7 y 8.

¹⁶¹ Germán Coloma: *Análisis económico del Derecho*, Ciudad Argentina, 2001, habla de “regulación indirecta”, entendiendo por tal aquella que implica una intervención excepcional de la autoridad pública en el funcionamiento de un mercado cuando se producen determinadas circunstancias especificadas por las propias normas. Añadiendo que tres ejemplos importantes de dicha “regulación indirecta” son las normas sobre defensa de la competencia (que incluyen la sanción de prácticas anticompetitivas y el control previo de fusiones y adquisiciones), la regulación antidumping y los procedimientos aplicables en los concursos y quiebras.

¹⁶² G. Ariño: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Págs. 59–61.

Alain Madelin ha propuesto una reforma del Estado caracterizada por los siguientes elementos, entre los que destaca a nuestros efectos “el desarrollo de autoridades y agencias de regulación independientes”: a) la transparencia en la gestión del Estado; b) evaluación permanente y contradictoria de la acción pública; c) el desarrollo de autoridades y agencias de regulación independientes; d) el desarrollo de concesiones de servicio público; e) la simplificación y recodificación del derecho; f) la afirmación de un verdadero poder judicial dotado de verdaderos medios¹⁶³.

En una sociedad de mercado, la regulación constituye la garantía del interés general. En tal sentido, Colson sostiene la existencia de dos concepciones fundamentales de la regulación:

a) La regulación minimal (o liberal): el respeto a las reglas de la competencia.

Es esencial para el buen funcionamiento de la competencia, que las tres funciones de reglamentación, prestación y regulación sean claramente identificadas y separadas. La reglamentación continúa siendo ejercida por el Estado, la función de prestación es asegurada por los operadores privados o públicos, estos últimos no deben tomar ventaja sobre el mercado, y la función de regulación es confiada a un órgano autónomo. Muchas variantes son posibles, en función de la naturaleza de las relaciones existentes entre estas tres funciones. Es evidente, que el Estado fija el marco jurídico en cuyo seno se ejercerá la regulación.

¹⁶³ Debate celebrado en la Asamblea Nacional francesa sobre el Proyecto de Ley relativo a nuevas Regulaciones Económicas. 25 Abril 2000.

Alain Minc. www.capitalisme.fr. (198–199). Bernard Grosset. París. 2000. A juicio de A. Minc, este fenómeno tiene diversas manifestaciones. Ideológica: con la caída del comunismo no existía ya más un modelo teórico de Estado industrial. Tecnológica: el servicio público se imponía tradicionalmente en las actividades donde las grandes inversiones se rentabilizaban durante un período demasiado largo para atraer a los fondos (recursos) privados; además la mutación de técnicas, el desmenuzamiento de los instrumentos de producción, la variedad de deseos de los consumidores, hacen el resto. Conceptual: la integración vertical, de la central nuclear al consumidor final no es ya la norma; la distinción de funciones entre el responsable de la infraestructura, el explotador de la red y el distribuidor final deviene “*le nec plus ultra*” de la gestión de servicios colectivos. Financiera: precariedad de los Estados empujada a las privatizaciones en un contexto donde la mundialización exige la disminución simultánea de los déficits públicos y los gastos fiscales. Ética, en fin, en un universo aplastado por los nuevos principios de transparencia y contabilidad la pareja gestión privada/regulación pública parece una garantía contra los excesos inherentes al concubinato entre el Estado y las grandes empresas.

Esta concepción de la regulación trae consigo importantes consecuencias dentro, al menos, de tres ámbitos: el estatuto de los operadores, llamados a su privatización para mejor adaptarse a las exigencias de la competencia, la introducción de la concurrencia dentro de los sectores donde ella estaba tradicionalmente excluida o limitada, y la modificación de la reglamentación¹⁶⁴.

b) La regulación como presupuesto de la conciliación del mercado y el interés general.

El objetivo de conciliación entre interés general, servicio público y concurrencia, no es fácil de realizar. Requiere, como mínimo, dos suertes de disposiciones. Aquellas que definen las exigencias de interés general o/y las prestaciones que derivan de servicio público (o universal) y aquellas que se emanan de la autoridad encargada de la reglamentación¹⁶⁵.

El Estado regulador¹⁶⁶ no es un Estado que se desentienda del funcionamiento de los sectores económicos estratégicos o productores clave de la sociedad. Por el contrario, es

¹⁶⁴ FRISON-ROCHE, M.A. Las diferentes definiciones de la Regulación en el trabajo las Industrias de Red: La Regulación para una mejor competencia. Junio de 1998.

Tomado del libro, DE LEYSSAC, Claude Lucas y PARLEANI, Gilbert. *Droit du Marché*. Ed. Thémis. París. 2002.

“Según la clasificación propuesta por Frisón-Roché para la definición de la regulación nos podemos encontrar con las siguientes categorías: 1) Una técnica de intervención política dentro de un sector para la salvaguardia de los intereses de la Nación; 2) El garante del funcionamiento espontáneo de un sector técnico particular; 3) Un medio dinámico de transitar un sector de un Estado a otro; 4) Un medio dinámico de mantener los grandes equilibrios de un sector que no podrá jamás acercarse técnicamente a la figura de un mercado espontáneo y durablemente competitivo y concurrencial; 5) El arte de dar a cada uno de los operadores la parte que le pertenece y asegurar el equilibrio entre todos”.

¹⁶⁵ J. Bergougnoux: Services publics en réseaux: perspectives de concurrence et nouvelles régulations. Rapport du Commissariat Général du Plan. Le Docu. Fr. 2000.

¹⁶⁶ Esta misma idea y expresión de Estado regulador, es empleada, sin duda en razón de los efectos de la globalización económica y la similitud de los modelos de desregulación energética en el análisis de los procesos de cambio en Iberoamérica. Así, Antonio Vives y Jaime Millán afirman que “la sostenibilidad de la reforma energética en cada país depende del progreso en cada uno de sus cinco elementos claves: el tránsito del Estado empresario al Estado regulador, la búsqueda de la eficiencia mediante la competencia, la participación empresarial del sector privado, el manejo de los aspectos sociales y el impacto ambiental” Ver, “El sector energético en el umbral del siglo XXI: Tendencias y retos en América Latina y el Caribe”, documento presentado en la Conferencia “La Energía en el nuevo milenio”, organizada por el Club Español de la Energía, Santiago de Compostela, noviembre de 1999.

aquel que debe asegurar su más correcta y eficiente actuación en un clima de libertad económica y competencia empresarial, a través de un triple cometido: a) la creación de un marco normativo transparente que favorezca la confianza de operadores e inversores y fomente el desarrollo de las actividades referidas; b) como consecuencia de lo anterior, que provea al mercado de unos bienes y servicios cuya responsabilidad de prestación recae en operadores privados en régimen de libre competencia; c) que asegure mecanismos de vigilancia de los mercados, a través de organismos que gocen de la suficiente autoridad y autonomía¹⁶⁷.

Los instrumentos que el Estado debe articular al servicio de los referidos cometidos son, a nuestro juicio, también tres principalmente:

- a) Una política económica adecuada;
- b) Unas normas claras, exigentes y previsibles en materia de libre competencia;
- c) Una actuación vigilante de los Reguladores a los que corresponde, en contacto institucional permanente con las administraciones concernidas, operadores y consumidores, la facultad de supervisión permanente y reglamentación o readaptación puntual –en desarrollo de los bloques normativos vigentes– de los mercados y actividades eléctricas.

Un Estado capaz de poner en marcha una voluntad regulatoria como la descrita será, en nuestra opinión, más equilibrado, ágil y eficiente, por tanto más ajustado a sus propios fines y responsabilidades en las sociedades avanzadas de nuestro tiempo. Un Estado que desplaza el acento de la intervención que inmoviliza o tiende a la creación de multiplicidad de pautas, mecanismos, controles y recursos excesivos o innecesarios, a la regulación que debe perseguir un ajuste constante entre necesidades, medios, recursos y resultados por su

¹⁶⁷ Como señala Giannini, lo verdaderamente importante es conocer el régimen regulador de las potestades ejercitadas por los poderes públicos y de las garantías para los sujetos privados. Massimo Severo Giannini: *El poder público. Estado y Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid. 1991.

seguimiento e incluso anticipación al funcionamiento de los mercados: un Estado que sustituya el control por la vigilancia.

Cuando el servicio se somete a la disciplina del mercado, el gestor se plantea permanentemente la mejora de la prestación que ofrece al ciudadano, contemplándolo como un cliente al que hay que retener. Al Estado le corresponde principalmente –porque es una función pública soberana que se incluye dentro de la reserva de Administración y para la cual es insustituible– la función de regulación –estableciendo las condiciones de las prestaciones–, y en su caso, de fomento, garantizando de esta forma la continuidad de estos servicios. El establecimiento, en su caso, de un servicio de interés económico general garantiza la universalidad de la prestación –de manera que no se dejen zonas de territorio que por razones de desagregación de la población no son rentables– a unos niveles de calidad y precio adecuados.

Ahora bien, si los particulares no se hacen cargo de estas prestaciones sociales o las satisfacen de manera insuficiente –falta de regularidad, tarifas o precios desproporcionados, desigualdad de los usuarios–, corresponde a la iniciativa pública, en atención al principio de subsidiariedad, prestar directamente estos servicios¹⁶⁸.

Como afirma Gaspar Ariño¹⁶⁹, es comúnmente aceptado que la intervención del Estado en la economía surge de las insuficiencias o los fracasos del libre mercado: Frente al tradicional principio de la inhibición del Estado ante la validez de sus mecanismos en la asignación de los recursos económicos, convertido en máxima irrefutable del liberalismo que triunfó en la teoría económica del siglo XIX, se observa la existencia progresiva de mayores aspectos de la economía de las sociedades organizadas que las fuerzas del mercado desatendían manifiestamente. La libre concurrencia no daba inicialmente respuesta a la necesidad de mayor eficiencia en determinadas tareas entre las que Ariño sitúa la operatividad de los llamados monopolios naturales, las estructuras de mercado no competitivas y la gestión de los bienes públicos.

¹⁶⁸ Antonio Troncoso Reigada: “*Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: El caso del servicio público*”. Revista Española de Derecho Constitucional nº 57. Septiembre–Diciembre 1999.

¹⁶⁹ Gaspar Ariño “Economía y Estado”, Marcial Pons, 1993.

5.3. Desregulación, co-regulación y reestructuración.

Aunque ya abordamos este tema en páginas precedentes, insistimos en ello ahora, a los efectos de abundar en algunas de sus notas y ejemplos de tales categorías, especialmente en lo relativo a su aplicación directa o indirecta al sector eléctrico.

Desde el ángulo de la política económica el fenómeno de la desregulación responde a una técnica que persigue promover la competencia. Jurídicamente supone la supresión, adaptación, revisión o sustitución de normas orientadas al citado fin pro competencia, y bajo el examen y aplicación del principio de proporcionalidad.

El término desregulación surge teniendo su expresión principal en la legislación y doctrina americana, y en los procesos de reforma liberal en materia económica emprendidos por el Gobierno británico a partir de 1979¹⁷⁰, y ha supuesto un examen de las potestades de intervención y control, poniendo en cuestión aquellas que no se justifican por el fin teóricamente perseguido, exigiendo en su formulación y modalidades aplicativas un análisis de sus costes y beneficios económicos, a fin de eliminar aquellas actuaciones del poder público que no resultan justificadas¹⁷¹.

El concepto de la desregulación encuentra su origen en el derecho norteamericano vinculada al entendimiento de los sectores de red y la política de defensa de la competencia. En USA tiene una doble causa, jurídica y económica, históricamente asociada en sus comienzos al desarrollo a determinadas operaciones que se practicaban en el incipiente mercado de valores norteamericano. En 1963, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos señaló en *Silver vs. New York Stock Exchange* que un mercado de valores podía estar sometido a las normas de defensa de la competencia¹⁷². Económicamente, la desregulación

¹⁷⁰ En la esfera energética, en 1984 se privatiza British Gas y en 1989 desaparece la Empresa Pública de transporte eléctrico National Grid, modificando su estructura a favor de un mercado de diseño competitivo.

¹⁷¹ Ver Jaime Albella Santamaría: *La ordenación jurídica de la actividad económica*. Dykinson. 2003.

¹⁷² De la Serna Bilbao, M^a Nieves (*La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*. Ed. Civitas, 1995), apunta que el proceso de desregulación se inicia formalmente en los Estados Unidos, en la década de los setenta. Durante el gobierno Carter se procede a desregular el sector de las telecomunicaciones. Se trataba de flexibilizar el mercado e introducir competencia. En principio afectó a los sectores que se encontraban sometidos a control de precios, limitación de acceso o servicios esenciales

era una necesidad, porque el sistema de comisiones fijas, unido a la imposibilidad de ser socio de un miembro del mercado sin ser un profesional de éste, eran claramente perjudiciales para los inversores institucionales, cuya importancia creció espectacularmente en aquellos años. Estos pagaban comisiones medidas en proporción a la cuantía de la operación, cuando los costes de realizarla no eran directamente proporcionales a aquélla, y no podían evitarlo adquiriendo una Empresa que tuviera la condición del miembro del mercado, porque estaba prohibido ser socio sin tener la condición de profesional del mercado¹⁷³.

Coincidimos con Carlos Salinas en abordar este término como la eliminación, modificación o simplificación por parte de los poderes públicos de aquellas normativas o trámites administrativos que de alguna manera condicionen o restrinjan la iniciativa y el desarrollo de las actividades de contenido económico tanto públicas como privadas.¹⁷⁴

También, en opinión de De la Serna Bilbao, manteniendo la idea precedente, podemos definir la desreglamentación o desregulación como el conjunto de medidas que tiene por objeto la disminución no sólo del volumen sino también de la importancia de las normas jurídicas en una determinada actividad, lo que no implica, en modo alguno, eliminar absolutamente toda reglamentación.

En otro intento de acotar el concepto, Martín Mateo señala que la desregulación “alude a ciertas medidas liberalizadoras que han venido siendo aplicadas con ánimo de dinamizar la vida económica y que consisten básicamente en la eliminación por las

proporcionados por el Estado, extendiéndose posteriormente en las previsiones de política económica de los países europeos, si bien con menor intensidad que en los Estados Unidos.

¹⁷³ “A semejanza de lo que sucedió en USA, ésta tiene su origen en la presión producida desde el Derecho de Defensa de la Competencia. En concreto, en 1976, cuando, al aprobarse la Restrictive Trade Practices (Services) Order, que extendió el ámbito de aplicación de la legislación sobre prácticas restrictivas al sector de los servicios, y a pesar de las peticiones del Stock Exchange, éste no fue exceptuado de su ámbito de aplicación. A partir de aquí, se inicia un largo tira y afloja entre la Office of Fair Trading (OFT) y el Stock Exchange, marcado por la demanda entablada en 1979 ante la Restrictive Practices Court por la primera contra la segunda por 173 prácticas restrictivas, que finalizó con un acuerdo entre el Stock Exchange y el Gobierno en 1983, materializado en la Restrictive Trade Practices (Stock Exchange) Act de 1984, en el que aquél aceptó introducir en esencia los cambios pedidos por la OFT, y que entraron en plena vigencia con el Big Bang de 27 de octubre de 1986”. (“Desregulación y neoregulación en el Mercado de Valores”, por Carlos Salinas Adelantado).

¹⁷⁴ Ver “Desregulación y neoregulación en el Mercado de Valores”. C. Salinas Adelantado.

instancias públicas competentes de restricciones y constricciones que afectaban a las decisiones empresariales”.

Va más allá Bassols Coma tratando de englobar otras actuaciones que igualmente tratan de eliminar las barreras que protegen ciertas actividades, y sin dejar de subrayar el elemento central de la supresión, disminución o simplificación de normas, entiende que la desregulación comprende “la supresión de reglamentaciones detalladas, la reordenación de sectores, la apertura al mercado de nuevos agentes y la transferencia de la gestión de servicios públicos por vía concesional a particulares”.

Ahora bien, continúa Soriano, una vez realizado lo anterior, puede ocurrir que el resultado consista en mantener la intervención o, mejor dicho, la supervisión del sector mediante un refuerzo de las potestades de policía (económica, urbanística), bien que mediante un diseño completamente distinto del que tradicionalmente se venía haciendo de esa potestad administrativa.

En efecto, la intervención administrativa clásica mediante la que se actuaba e implantaba la potestad de intervención, consistía esencialmente en asegurar la presencia de la Administración en el sector intervenido a través de medios burocráticos, de esta forma el sector intervenido pasaba a recibir órdenes e instrucciones de los agentes administrativos. Cuando no se justifican las regulaciones sobre la materia o sector, procede cuestionar la potestad administrativa de intervención. Especialmente cuando las autorizaciones, permisos, dispensas, excepciones, reservas, concesiones, controles, fiscalizaciones o auditorías estatales no cumplen ningún fin racional y sólo sirven para aumentar el poder del regulador, sin ganancia real y visible para el consumidor o usuario, la desregulación sí que supone eliminación de la norma interventora.

Así, por tanto, continúa Soriano, una vez consumada la primera fase desreguladora, de carácter instrumental: disminución, supresión o simplificación de reglamentaciones, pasaríamos a una segunda de objetivos: de una Administración de intervención a una Administración de supervisión. Lo esencial es la transparencia y la adecuación del sector a los objetivos generales que tienen un carácter marcadamente público, estableciendo el marco general jurídico en que los privados pueden y deben actuar, pero sin otorgar

instrucciones concretas ya que no existe una relación de jerarquía entre el sector privado disciplinado y la autoridad pública de supervisión.

A juicio de Juan de la Cruz, la desregulación más que un proceso de supresión de normas, consiste en un proceso de adaptación a las nuevas circunstancias en atención a los nuevos fines propuestos. El método de la desregulación se inserta en el análisis jurídico del principio de proporcionalidad y del elemento causal de los reglamentos administrativos (y de las leyes): partiendo de unas circunstancias determinadas y teniendo en cuenta los intereses afectados (proporcionalidad como equilibrio entre intereses), evaluar si el contenido de la intervención pública en cuanto medio es necesario, adecuado o razonable para conseguir el fin perseguido, si ese fin sigue resultando necesario (proporcionalidad de medios a fines). En esta evaluación el “análisis coste-beneficios” resulta de especial utilidad¹⁷⁵.

Coincido con Germán Coloma en reconocer en el trío propiedad–contratos–responsabilidad civil, el núcleo en el cual se basa cualquier mercado desregulado.¹⁷⁶

Linkohr ha calificado el proceso de liberalización eléctrica de “desregulación regulada”, calificación compartida también por Loyola de Palacio¹⁷⁷. Creemos que es

¹⁷⁵ Las áreas principales de incidencia de la desregulación, en opinión de De la Cruz, son los obstáculos y trabas a la competencia como: barreras de entrada y salida de los mercados; planificación económica vinculante por parte del Estado; fijación administrativa de precios; imposición de estructuras de organización empresarial o industrial; abolición de los derechos de exclusiva, etc. (Juan de la Cruz: *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*. Marcial Pons. 1999. Págs. 114 y ss.).

¹⁷⁶ Ver Germán Coloma: *Análisis económico del derecho privado y regulatorio*. Buenos Aires, 2001. Ciudad Argentina.

¹⁷⁷ Ver Debate del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2002, en el que Linkohr manifestaba que: “Lo que aquí hacemos es en realidad una desregulación regulada, si no fuese este un concepto horrible. Pero es exactamente esto. No sólo liberamos el mercado para el gas y la electricidad sino que también determinamos las condiciones, las condiciones ecológicas y sociales o dejamos en manos de los Estados miembros que decreten las normas al respecto.

L. de Palacio: “Como lo ha definido muy bien el Sr. Linkohr, se trata de algo que puede sonar un poco a contradictorio: una desregulación regulada, una liberalización regulada que es, en gran medida, lo que constituye el modelo europeo de liberalización

Este objetivo radica en dotar a la economía europea de todos los elementos propios del mercado, a la vez que garantiza a nuestros ciudadanos una serie de derechos que consideramos básicos dentro del modelo de sociedad, de los equilibrios y las solidaridades y de la cohesión que queremos construir. Por lo tanto, se trata

aceptable y posible esta categorización como comprensiva de los procedimientos utilizados y objetivos deseados con la liberalización sectorial, pero, en nuestra opinión, la liberalización eléctrica se encuentra más propiamente encuadrada en el perímetro de la regulación tras un proceso de desmonopolización o previa liberalización económica, derivado de un amplio proceso de reordenación y reestructuración normativa y empresarial.

La co-regulación encuentra también su formulación en el campo comunitario y denota en un sentido amplio una forma de regulación cooperativa que tiene por finalidad alcanzar objetivos de interés público o general. Esta idea de cooperación admite diversos grados y modalidades entre las Administraciones Públicas concernidas en cada sector y entre éstas y la iniciativa privada. El grado de autonomía de los órganos del sector público a través de los cuales se pone en práctica la función co-reguladora es mayor que en otros supuestos de regulación, de manera que la puesta en aplicación de la co-regulación permite adaptarla mejor a las autoridades de regulación independientes.

Como pone de relieve un interesante análisis comunitario, la co-regulación no ha sido “inventada” en el campo normativo del sector audiovisual, aunque es en el terreno en que ha tenido mayor tratamiento doctrinal¹⁷⁸. En su valoración sobre las medidas de co-regulación en dicho sector, la Comisión señala que la regulación tradicional tipo “*command-and-control regulation*” ignora los intereses de las Empresas que regula, y puede originar más mecanismos de resistencias que de cooperación. Hay lagunas tanto de trato de información como de conocimiento, que desde la perspectiva regulatoria sólo pueden ser atendidas mediante un esfuerzo permanente de diálogo y cooperación entre reguladores y regulados, y que no dejan sólo el espacio ni de intervencionismo, más allá del proceso regulatorio, ni a la autorregulación.

de ofrecer libertad de elección a los clientes industriales y comerciales en unas fechas concretas, a saber, 2003 y 2004, respectivamente, para la electricidad y para el gas y, para los usuarios domésticos, a partir del 2005

Los consumidores y los productores han de poder acceder de forma no discriminatoria a las redes de transporte y de distribución y, a tal fin, la propuesta prevé unos sistemas de distribución y de transporte separados, desde el punto de vista jurídico, de la producción y suministro de gas y electricidad”.

¹⁷⁸ Ver, entre otros, Christopher T. Marsden: “Co-Regulation in European Media and Internal Sectors”. MMR 2005; y “Co-regulation of the Media in Europe: European provisions for the Establishment of co-regulation frameworks”, por Carmen Palzer, IRIS pub. 6/2002, entre otros trabajos.

La co-regulación se vincula a una nueva forma de entender la gobernanza que combina las medidas legislativas con las acciones regulatorias y otras medidas adoptadas por los actores del mercado directamente concernidos. Se trata de una combinación de medidas e instrumentos “legales y de facto”¹⁷⁹.

El Profesor Hogan¹⁸⁰ se ha referido, evaluando el proceso de desregulación en Norteamérica a “la reforma de la reforma”, deteniéndose en los elementos que han conducido a la “reestructuración” del sector:

“Los cambios en la tecnología, el acceso al mercado en generación, y un mandato legislativo para proveer acceso a las ‘infraestructuras esenciales’ de transmisión, aceleraron un proceso que requería mayores innovaciones en operaciones e instituciones.

Una revisión o reseña del pasado identifica algunas opciones para el camino que se presenta por delante”.

La experiencia internacional en la reestructuración de instituciones de mercado eléctrico se ha visto reflejada en los Estados Unidos en numerosos debates y experimentos, de diseño normativo. El mejor término es reestructuración, no desregulación. Así, la electricidad es un ejemplo de fenómeno en el que la introducción de competencia no conduce a una menor regulación, sino sólo a una regulación diferente.

La historia completa de la reestructuración eléctrica es un asunto muy complejo que alcanza desde los costes de transición y contratos, hasta los conflictos y disputas jurisdiccionales, o el poder de mercado. La pregunta principal se centra, a juicio de Hogan, en el diseño de las operaciones de transmisión o transporte y el aseguramiento de la actuación sobre las redes, en mercados eficientes. Como señalan Joskow y Schmalensee¹⁸¹, la práctica de ignorar las funciones críticas jugadas por el sistema de transmisión en numerosas discusiones sobre desregulación, conduce a conclusiones incorrectas acerca de la

¹⁷⁹ Comisión Europea: “White Paper”, COM (2001) 428, final.

¹⁸⁰ Ver “Electricity markets restructuring. Reforms of reforms”. W. Hogan. 2001.

¹⁸¹ Paul Joskow y Richard Schmalensee: “Markets for power: An analysis for electric utility deregulation”. MIT. Press. 1983.

estructura óptima de un sistema de corriente eléctrica. Los retos de diseño que surgen de la naturaleza especial de la transmisión eléctrica son singulares del sector eléctrico. Otros problemas, como la recuperación del coste, la no discriminación, o la competencia al por menor son importantes, pero se asocian en su problemática a un análisis análogo en otras industrias.

En los Estados Unidos la historia empezó a cambiar en la década de los años 60. Hasta ese momento, la mejora de la tecnología y la posterior explotación de las economías de escala y de alcance significaban que la electricidad podía ser suministrada con precios constantes o en descenso, en términos reales y nominales. Sin embargo todo eso cambió en los años 1970. Los precios de la electricidad tendrían que aumentar para cubrir costes. Con el aparente agotamiento de las economías de escala y alcance, y con una mayor atención a los impactos medioambientales, las nuevas inversiones (sobre todo en energía nuclear) parecían, de repente, más caras que las reservas existentes de generación de plantas. El accidente nuclear de 28 de marzo de 1979, en la central de energía de la isla de Three Mile, marcó la transición.

La “Public Utility Commission” de California organizó un extenso y amplio esfuerzo para formar una industria reestructurada. El informe de la Public Utility Commission de California (conocido como “el libro amarillo”), concluyó que California debía reformar su programa de regulación y ofrecer estrategias alternativas. Tras discusiones, se establecieron prescripciones detalladas para un nuevo diseño de mercado. El nuevo diseño importó muchas de las experiencias de las reformas en Inglaterra y Gales. El efecto de las decisiones de la Public Utility Commission de California era alterar de forma radical la naturaleza del mercado en California, separando la generación, la transmisión, y la distribución, y creando nuevas instituciones para coordinar el mercado. Todas estas innovaciones en California fueron más allá de las apreciaciones de Joskow y Schmalensee. Hoy no existe lugar a dudas de que el ejemplo californiano tuvo un impacto muy profundo. Cambió la percepción nacional de la reforma de mercado eléctrico de uno de competencia limitada a otro de completa separación (“full blown separation”) de las funciones de las utilities.

Mientras California avanza hacia sus propuestas radicales, la Comisión Federal de Regulación Energética (Federal Energy Regulatory Comisión- FERC) emitió sus previsiones de una transmisión de acceso abierto en la Orden 888 (haciendo hincapié en su importancia al asignarle un número de identificación que coincidía con la dirección de su

sede en el 888 de First Street N.E., Washington, DC, 20426). La razón de la decisión de implementar los principios de acceso abierto era para dar a todo el mundo unos mismos derechos para usar la “red” (grid) de transmisión. La esperanza era que la no discriminación sería la llave para asegurar el soporte necesario para el mercado competitivo.

En los Estados Unidos estaba claro, desde 1996, que una industria reestructurada incluiría competencia minorista, y una completa desestructuración de la generación, transmisión y distribución de actividades a través de la separación, bien de las funciones o de las compañías. Los sectores de generación y de suministro minorista serían tratados como industrias competitivas. Las redes de distribución continuarían bajo la regulación tradicional de franquicia de monopolio. Pero, los mercados reales se complican con las imperfecciones derivadas de las asimetrías de información, costes de transacción y poder de mercado. Se pasó de la competencia plena a la competencia viable.

El problema central en el desarrollo de mercados eléctricos competitivos nace de la necesidad de contar con un **operador del sistema** que pueda manejar las complejas interacciones a corto plazo en la red, y mantener la fiabilidad del sistema. Un control del uso de la red (grid) de transmisión significa un control del despacho, al menos en el margen.

A corto plazo, existen algunas funciones críticas que deben ser llevadas a cabo por alguien. El sistema eléctrico debe mantener un continuo balance agregado de la producción y del consumo. Este mismo balance de los inputs y de los outputs debe ser coordinado en una forma que respete los límites en el sistema de transmisión. Al mismo tiempo, en aras a mantener la fiabilidad, diversos servicios auxiliares, como el “*spinning reserve and reactive support*” necesitan una minuciosa coordinación y monitorización.

Esta función de coordinación no es opcional, sino que aparece en cada sistema eléctrico. Debe proveerse. Además, los servicios deben integrarse unos con otros. Los sujetos participantes en el mercado pueden producir elementos individuales de estos servicios, pero la función esencial y fundamental de coordinación requiere de una única entidad. Y esta es la responsabilidad del operador del sistema.

5.4. Regulación y constitución económica.¹⁸²

La regulación se incardina a nuestro juicio en la Constitución económica en la medida en que es la expresión de un modelo sectorial que incide y se ve influido de manera determinante sobre aquélla. Entendiendo por Constitución económica, el marco de referencia de la actuación e intervención de los agentes empresariales en el mundo económico. El proyecto de una soberanía estatal capaz de comandar y dirigir la economía (muy presente en las constituciones y los itinerarios legislativos inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial) parece en decadencia, mientras una nueva constitución económica comienza a orientarse hacia el objetivo de la concurrencia.

Como recuerda Hughes Rabault¹⁸³, el concepto de constitución económica designa la base u ordenación jurídica fundamental del funcionamiento del sistema económico.

La elección de un sistema o modelo económico se encuentra estrechamente entrelazada, por ello, a la configuración y fundamentación del orden público que le sirve de desarrollo, garantía y apoyo¹⁸⁴.

¹⁸² García-Pelayo, Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución, ob. cit., pág. 41.

Ver la STC 36/1981, de 12 de noviembre:

“La Constitución económica en la Constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona, permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y sólo excluye aquellos que sean contradictorios con los mismos. Por ello, nos parece que la referencia del artículo 38 a la libre empresa en el marco de la economía social de mercado permite un sistema económico de economía plenamente liberal, una economía intervenida y una economía planificada por lo menos a través de una planificación indicativa”. (Voto formulado por el Magistrado Luis Díez-Picazo).

Asimismo, el Tribunal Supremo, en Sentencia 24 de mayo de 1984 (Ar. 3132), acepta la tesis de “neutralidad económica”, basada en la opinión de García-Pelayo, afirmando que el principio de libertad de empresa “no prejuzga nada, porque, como han apuntado prestigiosos comentaristas del mismo, conocedores de su proceso de elaboración, no existe un modelo de economía de mercado, sino varios, y, sobre todo, la fórmula empleada en este artículo fue una fórmula consensuada, a la que prestaron su adhesión partidos sociológica e ideológicamente antagónicos, mediante la transacción de incluir en él tanto este principio como el contrapuesto que defiende las exigencias de la ‘economía general’ y de la planificación”.

¹⁸³ *La constitution economique de la France*. Hughes Rabault. Revue Française de Droit Constitutionnel 44, 2000, págs. 710-12 y 14.

¹⁸⁴ Siguiendo de nuevo a Rabault, cabe distinguir dos tipos de nociones o categorizaciones de la constitución económica: el alemán y el francés. En el derecho económico alemán la doctrina habla de constitución económica (Wirtschaftsverfassung) (Ver en el derecho italiano en ese mismo sentido la aportación de Sabino Cassese *La nuova costituzione economica*. Editorial Latetza. Roma/Bari. 1995). Este

Se trata del conjunto de normas jurídico-constitucionales que hacen referencia a la realidad económica y al grado de intervención y regulación que proyectan sobre ella los poderes públicos¹⁸⁵. Y son diversas las cláusulas que se contemplan en nuestra Constitución del noventa y ocho para fundamentar la intervención, supervisión o control del Estado en la economía, desde el reconocimiento de la función social de la propiedad o la subordinación de toda la riqueza al interés general a la defensa de la libertad empresarial, la defensa de los consumidores y usuarios o la regulación de la participación de los trabajadores en el mundo empresarial. La finalidad de estas normas es, como señala Font Galán, la de indicar cuáles han de ser los principios rectores de la actividad económica que habrán de desarrollar conjuntamente tanto los particulares como el Estado¹⁸⁶. García-Pelayo define la constitución económica como el conjunto de “las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o, dicho de otro modo, para el orden y proceso económico”¹⁸⁷.

La Constitución económica configurada formalmente, en cuanto norma, no sólo es principio y criterio, sino que, como destaca el profesor S. MARTIN-RETORTILLO¹⁸⁸,

concepto designa, como antes subrayábamos la organización jurídica primordial del sistema económico, en lo relativo a la concreción de sus principios fundamentales: propiedad privada, libertad contractual, libertad de comercio e industria, o la naturaleza y grado de intervención de los poderes públicos en la economía, etc.

Los autores alemanes consideran pues que el derecho administrativo económico se manifiesta como una concretización de la constitución económica.

En la doctrina francesa Pierre Devolvé define, por el contrario, el derecho público económico como el derecho de la intervención pública en materia económica.

¹⁸⁵ S. Martín-Retortillo, *Derecho Administrativo Económico I*, Ed. La Ley, Madrid, 1989, pág. 27; Bassols Coma, *La Planificación Económica*, en la obra colectiva *El Modelo económico en la Constitución Española*, vol. II, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981, págs. 377-378.

¹⁸⁶ Font Galán, *Constitución económica y derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 131 y ss; De Juan Asenjo, *La Constitución Económica española*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

¹⁸⁷ García-Pelayo, *Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución*, en Estudios Constitución Española 1978, Librería Pórtico, Zaragoza, 1979, pág. 31. Por otro lado, V. Santos, en referencia al concepto de Constitución económica, admite la posibilidad de señalar un concepto formal o restringido y otro material o amplio. *Modelo económico y unidad de Mercado en la Constitución Española 1978*, en libro colectivo *El desarrollo de la Constitución española*, Zaragoza, 1982, págs. 367-368. Vid. G. De Vergottini, *La Constitución frente al progreso económico y social*, Revista Vasca de Administración Pública nº 33, 1992, págs. 133 y ss.

¹⁸⁸ Sebastián MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988.

supone una garantía, una protección de los derechos de todos los ciudadanos. En consecuencia, establecerá los límites mínimos a que se habrá de someter la actuación económica de los poderes públicos. En buena lógica, existirán pues, mecanismos constitucionales que garanticen estos derechos económicos, ordenando, según los módulos que constitucionalmente se establezcan, la posible incidencia en los mismos por parte del Estado.

En palabras de REICH, la inviabilidad de predicar para el Derecho una actividad absolutamente neutral que le colocaría por encima de toda discusión política y económica, pretensión ésta que, a la postre, paradójicamente, supondría una determinada alternativa ideológica¹⁸⁹. Por tanto, la Constitución económica no es una cuadrícula cerrada de soluciones a todos los problemas.

No obstante, aunque el texto constitucional no hace ninguna declaración expresa del sistema económico que inspira, sí que perfila unas líneas maestras, que vienen trazadas por la interpretación conjunta de los derechos que se atribuyen a los agentes económicos, de los principios en que la actividad económica deba inspirarse y de los títulos de intervención reconocidos a los poderes públicos.

El sistema definido por nuestra Constitución no es otro que el de economía social de mercado, sistema que, como señala MULLER-ARMOCK, no es una forma intermedia entre capitalismo y socialismo, sino que integra un sistema de competencias económicas con el progreso social.

La calificación como economía social de mercado tiene consecuencias concretas para los poderes públicos. Supone que obligatoriamente deberán, no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución. Por tanto, nuestra Constitución consagra el principio de compatibilidad, de coiniciativa, entre el sector privado y el sector público, enmarcada por el calificativo «social», como se desprende del artículo constitucional.

¹⁸⁹ Norbert REICH, Mercado y Derecho, traducción española, Ariel, Barcelona, 1985.

Es preceptivo tener en cuenta y respetar los principios económicos que se deducen principalmente del texto constitucional y que se proyectan sobre la regulación y ordenación general del régimen jurídico eléctrico: la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado; la concurrencia económica pública y privada; y pluralidad de poderes públicos intervinientes en el sector económico y unidad de mercado.¹⁹⁰

De las libertades, objetivos y políticas sectoriales que conforman la «Constitución Económica comunitaria» se puede deducir, por los motivos expuestos con anterioridad, la existencia de un concreto modelo económico comunitario. La finalidad de la Unión Europea queda expuesta expresamente de relieve en el Preámbulo del TUE, en el que los Estados firmantes manifiestan su intención de constituir una Unión Europea con la que, tras la supresión a los obstáculos de los intercambios y mediante una acción común, se pueda garantizar el progreso económico y social de sus respectivos países, eliminando las barreras que dividen Europa. Tales declaraciones encuentran su traducción y concreción positiva en el artículo 2 TCE, en el que se formulan los objetivos económicos y sociales fundamentales de la Unión destacando los siguientes: un desarrollo armonioso de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad; alto nivel de empleo y protección social; una expansión continua y equilibrada; una estabilidad creciente; una elevación del nivel de vida; alto nivel de protección del medio ambiente; cohesión económica. Por lo demás, el principio de libre competencia, con el contenido ya visto, se presenta como uno de los elementos fundamentales del modelo económico comunitario.

De estos preceptos y del conjunto de disposiciones normativas del TUE y del TCE se puede concluir que la Unión Europea tiene un concreto modelo económico cuya filosofía descansa en la supresión de las barreras económicas teniendo por objetivo final la consecución de un mercado único en aras a la obtención de un mayor progreso económico y

¹⁹⁰ En opinión de Jaime Abella Santamaría (*La ordenación jurídica de la actividad económica*. Dykinson, 2003), las normas derivadas de la existencia del Estado de bienestar inciden en el proceso de asignación de recursos e interfieren en los mecanismos del mercado. Varias son las cláusulas que se utilizan en la Constitución para fundamentar esta intervención del Estado en la economía: la función social de la propiedad, la subordinación de toda la riqueza del país al interés general, las exigencias de la economía y la planificación, la defensa de la productividad, la política de estabilidad económica, la promoción pública del progreso social y económico, la distribución equitativa de la renta, la consecución del pleno empleo, la utilización racional de los recursos naturales, la mejora de la calidad de vida, la defensa y restauración del medio ambiente, la defensa de los consumidores y usuarios, etc.

social. Esto supone que el modelo económico comunitario es también el de una economía social de mercado, dado el destacado carácter social de las disposiciones del TCE, cuyo artículo 2 habla expresamente de la «solidaridad». Esta calificación implica, por tanto, que el objetivo de mercado único debe hacerse conjugando perfectamente estas dos perspectivas: la económica y la social. La Comunidad es un ente que tiene una alta vocación social, (vocación incrementada con la reforma efectuada por los Tratados de la Unión, motivo por el que no sólo debe tenderse a la búsqueda de la eficacia económica, sino también a un mejor y mayor bienestar social de la población comunitaria. Y tal exigencia deriva, insistimos, del propio contenido del artículo 2 TCE, ya que la función social del mercado interior, en el que se inscriben la formación y desarrollo de las relaciones económicas energéticas, debe servir en definitiva para mejorar las condiciones sociales del ciudadano¹⁹¹.

En conclusión, el sistema económico constitucional y comunitario no es un sistema rígido, sino un sistema flexible que permite la actuación de políticas económicas de distinto signo sin desvirtuar aquél. Con tal configuración del sistema económico se afirma una situación de confluencia de dos vectores distintos: por un lado, el derecho a la libertad de empresa (sobre la base del principio de libre competencia), y, por otro, la ordenación y corrección social de sus efectos, de la actividad económica por parte de los poderes públicos. Como dice S. MARTÍN-RETORTILLO, «lograr que una y otra se mantengan, con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que una elimine o reduzca a la otra es, en última instancia, el difícil equilibrio que requieren los postulados que ofrece nuestra Constitución económica. Una situación que se proyecta cargada de dificultades al ámbito concreto del enjuiciamiento y valoración de las distintas medidas y situaciones particulares». Flexibilidad, y consiguiente dificultad, que no deben confundirse ni con imposibilidad absoluta de enjuiciamiento real en la práctica ni tampoco con total ausencia de restricciones a cualquier política económica (nacional o comunitaria) que quiera ser llevada a cabo, sino que, en última instancia y en cada caso, tendrá que afinarse la interpretación jurídica para confrontar la legalidad de actuaciones concretas, públicas y privadas, respectivamente, con las correspondientes habilitaciones constitucionales (y, en su

¹⁹¹ GIMENO FELIU, Derecho Administrativo. Parte Especial, Civitas, Madrid, 2001.

caso, comunitarias) y legales de la actuación del poder público administrativo y con el alcance de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos.

Desde la perspectiva de su tratamiento jurisprudencial, la existencia de esta “Constitución económica” ha sido reconocida, también, en su doble dimensión estática y dinámica, por nuestro Tribunal Constitucional en las SSTC 1/1982, de 28 de enero, y 64/1990, de 5 de abril, al señalar que existen “... *normas destinadas a proporcionar un marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse Constitución económica o Constitución económica formal*”.¹⁹²

¹⁹² Bassols Coma sostiene que nuestro texto constitucional no define ni garantiza en términos normativo–constitucionales un determinado sistema económico, ya que, en opinión de este autor, la misión de una Constitución en una sociedad pluralista y abierta no es la de sacralizar un determinado sistema económico. Así, desde su punto de vista, la Constitución, formalmente, ni se pronuncia por una situación de equilibrio de los sectores público y privado, ni declara la preferencia de uno sobre el otro; acepta la realidad existente sin prefigurar un modelo final en el sentido de que cada opción de gobierno lícitamente puede apoyarse en la economía privada o en la pública sobre la base del entendimiento de la reversibilidad inherente al sistema democrático. En línea con el pensamiento de Bassols y con la doctrina mayoritaria sobre este tema, nuestra Constitución ofrece un orden económico abierto capaz de acoger planteamientos y programas políticos de distinto signo. Preceptos que dan cobertura constitucional a distintas opciones con un criterio flexible y que se completan a través de las actuaciones del legislador ordinario.

Bassols Coma, *Constitución y sistema económico*, Tecnos, Madrid, 1985, págs. 311–312, y *La Empresa en la Constitución Española*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pág. 140.

Según Alonso Ureba la Constitución Española “permite una interpretación que posibilita la evolución desde una economía social de mercado hacia fórmulas más progresistas en el marco de un Estado democrático”. Esta posición es adoptada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1982 que destaca que en la Constitución Española de 1978 existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica; el conjunto de todas ellas compone lo que suele denominarse la Constitución económica o Constitución económica formal. Ese marco implica la existencia de unos principios básicos de orden económico que han de aplicarse con carácter unitario, bajo la auténtica declaración de principios que supone el artículo 128.1 al afirmar que toda la riqueza del país está subordinada al interés general (Alonso Ureba, A.: *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico*. Ed. Montecorvo. Madrid. 1985).

Ver también:

Bassols Coma, M.: *Constitución y Sistema económico*. Ed. Tecnos, Madrid, 1988, págs. 170 y ss.

S. Muñoz Machado y Baño León, J.M.: *La empresa en la Constitución Española*. Ed. Aranzadi, 1993. Pamplona. Págs. 211 y 232.

Fernández Rodríguez, T.R.: *Reflexiones sobre la empresa pública española*, en *La empresa pública española: Estudios*. Ed. IEF. Madrid, 1980. Págs. 47 y ss.

García de Enterría, E.: *La Constitución como norma jurídica*. Ed. Civitas. Madrid, 1981. Pág. 81.

Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1993.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA UNIÓN EUROPEA COMO COMUNIDAD DE ENERGÍA. LOS TRATADOS FUNDACIONALES ENERGÉTICOS. EL TRATADO DE LA CARTA DE LA ENERGÍA. LA ENERGÍA EN LOS TRATADOS DE REFORMA. EL TRATADO DE LISBOA Y LA COOPERACIÓN REFORZADA. POR UNA UNIÓN ENERGÉTICA EUROPEA

1. PRINCIPIOS Y BASES DE FORMACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO. LA UE COMO COMUNIDAD DE ENERGÍA.

El modelo de regulación y reestructuración del sector eléctrico español a fin de promover la liberalización, y ajuste de sus mercados, es inseparable de la participación de España como Estado miembro de la Unión Europea y su consiguiente integración y por tanto asunción, y desde entonces también contribución, al acervo jurídico comunitario.¹⁹³

La afectación del Derecho comunitario al régimen jurídico energético español se manifiesta, en nuestra opinión, en dos esferas: la de los Tratados originarios; mediante la irradiación de sus principios y categorías jurídicas y muy señaladamente los de primacía, - exigencia existencial del ordenamiento jurídico comunitario-¹⁹⁴ efecto directo, y, entre otros, los principios de libre circulación y competencia; y el del derecho derivado emanado de las fuentes de producción normativa comunitaria en lo relativo a la regulación de la energía eléctrica, y en tal contexto en particular, aunque no exclusivamente, el de las Directivas e iniciativas comunitarias destinadas a crear normas comunes para abrir los sectores eléctricos o “aproximar” sus mercados nacionales en el marco de las propuestas y objetivos de creación del mercado interior de la energía. Con la aprobación del Tratado de Constitución

¹⁹³ No nos encontramos ante un supuesto en el que se coordinen ordenamientos, sino que se adhiere al nuevo régimen de poder público europeo, los órdenes constitucionales estatales, de conformidad con las competencias o cesiones sucesivas de soberanías que se atribuyen o trasladan a la Comunidad. Así, en materias de competencia no exclusiva de la Comunidad, únicamente cabe actuar si los objetivos de la acción pretendida no pueden ser alcanzados suficientemente por los Estados. El enfoque funcionalista de la construcción jurídica comunitaria permite esta gradualidad, dinamismo y sucesivo cumplimiento de objetivos a través de una cláusula de cierre del sistema competencial que permite que “*sea la propia Comunidad la que vaya precisando los límites efectivos de sus ámbitos competenciales*”. Ver Jorge Alguacil González-Auriol: *La Directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 2004.

¹⁹⁴ Así ha sido calificada por Pierre Pescatore en “The doctrine of direct effect :an infant disease in Community law”, en *Common Market Law Review*, 1983.

Europea, el principio de primacía o prevalencia del Derecho comunitario se hubiera visto aún más reforzado, ya que el artículo I-6 del citado Tratado establecía¹⁹⁵ su regulación de manera directa y expresa, aunque en el Tratado de Lisboa, se producen, en cualquier caso avances jurídicos no desdeñables, como tendremos ocasión de anotar.

Así pues, el Derecho comunitario juega, en nuestra opinión, un papel conformador clave o determinante por razón de las características de un derecho que se impone a los derechos internos de sus Estados asociados¹⁹⁶; de sus principios y normas en la medida en que son directamente invocables por entidades y empresas y ciudadanos; y por sus técnicas de regulación, como las que guían la realización del mercado interior eléctrico.

Por consiguiente, aunque la evolución de cada sistema eléctrico en la Unión se encuentra condicionada por su larga tradición económica, política o tecnológica, gracias en gran medida a la capacidad integradora de la Unión Europea, en los últimos años se está desarrollando sin embargo una tendencia uniforme de cambio en los procesos legislativos y en las estrategias empresariales de la industria eléctrica de cada uno de estos países.

¹⁹⁵ Como ha recordado Pablo Olivera: Primacía y supremacía de la Constitución (Diario Expansión 15 de febrero de 2005): “La Constitución europea tiene supremacía sobre cualquier norma de Derecho europeo, es decir, es norma jerárquicamente suprema del ordenamiento jurídico europeo. Aunque la Constitución [española] —añade— no reconozca expresamente su superioridad jerárquica, esta regla está implícita al reconocer la posible impugnación y anulación de cada norma o acto ante el Tribunal Superior de Justicia de la Unión por contravenir el Texto constitucional. De esta forma, y aunque técnicamente sea un Tratado, la Constitución toma la posición de norma suprema del ordenamiento jurídico de la Unión, imponiendo determinados contenidos organizativos y de derechos fundamentales, a la vez que racionaliza y ordena las fuentes normativas”.

¹⁹⁶ Si bien Santiago González-Varas califica las repercusiones del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales como “proceso general de influencias”, así, de una parte, la justicia comunitaria se basaría en los Derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el “uso delle approccio comparatistico”), por otro lado debería destacarse el efecto de armonización de la jurisprudencia comunitaria (un efecto de comunanza o concurrencia) siendo los Estados una parte del todo, y por último, se subrayaría el papel de “puente” entre Derechos que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Es lo cierto que en esa misma e inteligente descripción de relaciones entre Derechos más que ordenamientos, el Derecho comunitario actúa como “plataforma” para el “transplante” de los instrumentos de un Derecho nacional en otro, y no se detiene su capacidad en ese fenómeno, sino que, en mi opinión, su envergadura conformadora de los Derechos nacionales traspasa la técnica armonizadora porque nace de unos principios “que son comunes a los Estados miembros” y su eficacia nace de su prevalencia jerárquica sobre las normas dictadas por los Estados miembros. Ver Santiago González-Varas: *El Derecho Administrativo Europeo*. IAAP. Sevilla, 2003.

Todo esto es consecuencia, en buena parte, desde el punto de vista económico, de las exigencias de competitividad internacional en una economía globalizada; y desde el punto de vista jurídico y en el seno de la Unión Europea, de la primacía o prevalencia del Derecho comunitario sobre las normas nacionales, incluso principios de la estructura constitucional¹⁹⁷, siempre y cuando nos encontremos ante materia competencia comunitaria¹⁹⁸, que se expresa por la inoponibilidad de éstas respecto de aquéllas¹⁹⁹, y por el proceso de realización del mercado interior de la electricidad, una de las partes más relevantes y más difíciles de ultimar del mercado único europeo- Y ello, naturalmente se inscribe, por lo anterior, en los esfuerzos de creación de un mercado energético interno en el seno de la Unión, que naciendo de un impulso liberalizador y orientado a la competencia establece progresivamente nuevas bases jurídicas de su regulación.

La Unión Europea es una comunidad jurídica. La historia de la Unión Europea es en cierto sentido un doble proceso: de voluntad política determinada; y de creación y aplicación de principios y normas jurídicas²⁰⁰.

Las características del orden jurídico comunitario han sido definidas por el Tribunal de Justicia en numerosas Sentencias²⁰¹ ya desde los primeros años de su creación, mereciendo

¹⁹⁷ Ver al respecto el asunto STJCE 11/70 Internationale Handelsgesellschaft, 1970; y también TJCE Caso C-285/98, Kreil, 2000.

¹⁹⁸ Ver TJCE 50/76 Amsterdam Bulb, 1977; el Asunto TJCE 255/86 Comisión-Bélgica, 1988; o el Asunto 190/87 Moorman, 1988.

¹⁹⁹ Asunto 190/87 Moorman, 1988

²⁰⁰ Como ha señalado Antonio López Pina: Europa, un proyecto irrenunciable (La Constitución para Europa desde la teoría constitucional). Dykinson. 2004: "El concepto de mayor relevancia para la integración ha sido el de Europa como Comunidad de Derecho. Por razones del origen jurídico internacional de Derecho europeo, su vigencia en la práctica ha sido su primer problema. Los correspondientes institutos jurídicos de la inmediatividad, la primacía y el mandato de aplicación uniformarán unidos al interés del sistema en la propia efectividad y, de los individuos, en un Derecho que les beneficia. A falta de factores de integración como la lengua o la historia, el imperio del Derecho es aún más importante para Europa de lo que lo fue en los dos últimos siglos para los Estados nacionales".

²⁰¹ El Tribunal de Justicia de la Comunidad es una pieza clave en la configuración de la Unión como una Comunidad de derecho que encuentra una especial expresividad y eficacia en el tratamiento de la cuestión prejudicial a través de la que se produce una vinculación plena entre el juez nacional y el juez comunitario. O mejor dicho, el juez nacional se convierte en juez europeo y hace que la interpretación de este derecho prime sobre las normas estatales. Como se puso por ejemplo de relieve, nítidamente, en el Caso Costa&Ennel , citado.

destacarse, en la primera etapa, las consideraciones expresadas en Costa/ENEL,- que consideró, además, por vez primera en la historia comunitaria, a la electricidad como una mercancía,²⁰²- según la cual, los Estados miembros “*al constituir una Comunidad de duración ilimitada dotada de instituciones propias, de personalidad, de capacidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más particularmente, de poderes reales nacidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados a la Comunidad, éstos han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y han creado un cuerpo de derecho aplicable a sus súbditos y a ellos mismos*”.

203

En consecuencia, el Derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio, surgido de una fuente autónoma, que por su naturaleza específica original, no puede “*dejarse oponer judicialmente un texto interno de cualquier clase que sea sin perder su carácter comunitario y sin cuestionarse la base jurídica misma de la Comunidad*”, pues la transferencia operada por los Estados, de su orden jurídico interno en beneficio del orden jurídico comunitario, de derechos y obligaciones que corresponden a las disposiciones del Tratado, implica por tanto una limitación definitiva de sus derechos soberanos, contra la cual no podría prevalecer un acto unilateral incompatible con la noción de la Comunidad²⁰⁴.

Como señala Jorge Alguacil, este “tercer poder” configura el orden europeo como un sistema unitario que dota de derechos y obligaciones a sus ciudadanos; justamente por ello “vence la separación formal entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales”. Jorge Alguacil González-Aurioles: *La Directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales. 2004. Ver también, por todos, Ruiz-Jarabo Colomer: *El Juez nacional como juez comunitario*. Madrid, 1993.

²⁰² TJCE Asunto 6/64, Costa v. Enel, de 15 de julio de 1964, también posteriormente TJCE Simmenthal v. Comisión, Asunto 92/78, y TJCE Asunto 213/89, Factortame.

²⁰³ Ver STJCE de 15 de julio de 1964; también entre otras muchas, STJCE de 16 de junio de 1966 en el asunto Lütticke v. Comisión. Rec. 1966, pág. 27, y la Sentencia Reyners (21 de junio de 1974, Asunto 2/74 en la Recopilación 1974, pág. 631): “*al fijar al final del período de transición la realización de la libertad de establecimiento el art. 52 del TCE prescribe una obligación de resultado precisa, cuya ejecución debía ser facilitada, pero no condicionada, por la realización de un programa de medidas progresivas [...] el hecho de que esta progresividad no haya sido respetada deja intacta la obligación misma más allá del término previsto para su ejecución*”.

²⁰⁴ GARCÍA URETA, Agustín. *Procedimiento Administrativo y Derecho Comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*. Instituto Básico de Administración Pública. 2002.

“La trascendencia del control de actos y normas opuestos al control al derecho comunitario también exige la existencia de una referencia expresa. Así como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), ha sostenida en varios sectores la importancia de una transposición estricta de la normativa

Se iniciaba así un camino nuevo en el ámbito de integración de las relaciones jurídicas supraestatales, en beneficio de la creación de un sistema jurídico independiente y supranacional que, como ha señalado Mengozzi, se expresa a través de una evolución escalonada, condicionada en su punto de partida por el difícil equilibrio que busca todo el proceso de integración europea “entre la exigencia de no comprometer en exceso la soberanía de los Estados miembros y la de conceder cuanto sea necesario para seguir con la tendencia del mismo proceso de integración a modularse según criterios de supranacionalidad”.²⁰⁵

En dicho proceso de configuración jurídica, el papel reservado y la función desarrollada por el Tribunal de Justicia europeo sólo puede calificarse de extraordinaria²⁰⁶, respondiendo con eficacia al mandato contenido en los propios Tratados fundacionales.²⁰⁷

Las normas que integran el Derecho europeo gozan también de lo que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo y la doctrina han convenido en llamar efecto directo, concepto con el que se expresa que los destinatarios de las normas europeas son tanto los Estados como los particulares, que quedan directamente obligados por las mismas y que

comunitaria, por afectar ala comunidad en su conjunto, este mismo argumento sería trasladable a los efectos de la determinación de los supuestos de invalidez de los actos internos contrarios al derecho comunitario. Planteado desde otra perspectiva, así como el control de la validez de la normativa comunitaria corresponde al TJCE, como se ha puesto de manifiesto entre otros en el Asunto Foto-Frost (Asunto 314/85.REC 4199), la tarea de control de compatibilidad de los Actos Estatales en relación con el derecho comunitario, está atribuido a los Estados Miembros fuera de los supuestos expresamente previstos en los Tratados. Por ello, el legislador estatal ha de determinar los supuestos de invalidez de actos y normas internos por infracción de la normativa comunitaria”.

²⁰⁵ Antonio López Pina: *Europa, un proyecto irrenunciable* (La Constitución para Europa desde la teoría constitucional), Dykinson, 2004, considera, en nuestra opinión acertadamente, que los principios generales del Derecho comunitario completan el Derecho originario y orientan su interpretación.

²⁰⁶ ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Clásicos de la Unión Europea. En el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*. Thomson- Civitas. Madrid 2007.

“El Tribunal ha sido tradicionalmente considerado como motor impulsor de la integración europea, convirtiéndose en protagonista de primera línea en la consolidación del mercado común, rol este que ha rescatado medio siglo después en el terreno del espacio, de libertad, seguridad y justicia”.

²⁰⁷ Así, el art. ex 220 TCE que señala que el Tribunal de Justicia garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado, y en igual sentido los arts. 31 del Tratado y 136 del Tratado Euratom.

pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos²⁰⁸. Este papel del Tribunal se ve, lógicamente, reforzado tras el acuerdo de unificación institucional²⁰⁹.

El efecto directo es una característica primordial y básica de las normas europeas, y por ello las normas europeas priman o prevalecen sobre las internas, cualquiera que sea el rango de éstas y sean anteriores o posteriores a las normas comunitarias²¹⁰. La determinación de cuándo el efecto directo existe es un problema de interpretación del Derecho comunitario que, en absoluto, puede entenderse condicionada por las actuaciones constitucionales de los Estados miembros.

El Tratado constituye algo más que un acuerdo que se limitara a crear obligaciones nuevas entre los Estados miembros. Los Estados “han reconocido al Derecho comunitario una autoridad susceptible de ser invocada por sus nacionales ante sus jurisdicciones”. La Comunidad, señala la Sentencia Van Gend en Loos²¹¹, “*constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho Internacional, en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos no son solamente los Estados miembros, sino también los nacionales*”. Añadiendo que “*en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar*

²⁰⁸ Entre otras muchas posteriores STJCE de 17 de mayo de 1972 Asunto Leonasio. Rec. 1972, pág 287.: así como STJCE de 15 de junio de 1978 Asunto Defrenne . Rec. 1978, pág 1365.

²⁰⁹ ALONSO GARCÍA, Ricardo. *Clásicos de la Unión Europea. En el 50 Aniversario de los Tratados de Roma*. Thomson- Civitas. Madrid 2007.

“Como es sabido el Tribunal funcionó como Institución propia del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, hasta la firma de los Tratados de la Comunidad Económica Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. Como ha señalado Ricardo Alonso, comenzaría ya entonces a hacerse efectivo el principio de unidad estructural (I.E. las mismas Instituciones para las tres Comunidades) con relación al Parlamento (entonces denominada Asamblea) y el Tribunal de Justicia, en virtud del Convenio relativo a ciertas Instituciones comunes a las Comunidades Europeas firmado al tiempo que los Tratados Comunidad Económica Europea y Comunidad Europea de Energía Atómica. Posteriormente el Tratado de Bruselas de 8 de abril de 1985 extendería la unidad estructural a la Comisión y el Consejo”.

²¹⁰ El principio de prevalencia provoca, en sentido positivo, el “bloqueo o cierre” de las normas del Derecho derivado como las Directivas que tras su ejecución normativa por el Estado miembro bloquean o impiden que se dicte una norma que contradiga su contenido (ver Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978, antes citada).

²¹¹ Sentencia Van Gend en Loos (5-2-1963).

derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico. Que esos derechos nacen, no sólo cuando el tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias”.

Las consecuencias de esta concepción del Derecho europeo que el Tribunal de Justicia sostiene las extrae inmediatamente la Sentencia, en el sentido de apreciar que el Derecho comunitario independiente de la legislación de los Estados miembros, así como crea obligaciones para los particulares, está también destinado a engendrar derechos que entran en su patrimonio jurídico. El ordenamiento europeo se integra entero, como tal ordenamiento – compuesto de normas y de principios estructurales de articulación del entramado normativo– en el Derecho interno. La totalidad de sus normas vinculan al Estado que, al suscribir los Tratados, se ha comprometido a acatarlos. Y de afirmar que tales derechos nacen no solamente cuando el Tratado hace una atribución explícita en su favor, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida, tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las instituciones comunitarias. Las disposiciones del Derecho europeo, en cuanto son derecho vigente en el ordenamiento interno, son invocables siempre ante los Tribunales. Y dicha invocabilidad de la norma ante los Tribunales no queda limitada a los casos en que goza de efecto directo, es decir, que genera derechos u obligaciones en favor de los interesados.

Este orden jurídico, que es directamente invocable por Estados y ciudadanos, se desarrolla en todos los ámbitos en los que los Estados miembros van cediendo o compartiendo competencias con las Comunidades y la actual Unión, a la que se atribuyen. Entre estos ámbitos de aplicación se encuentra, si bien con el alcance y matizaciones que, en nuestra opinión, se dan cita en esta materia, y según vamos analizando en este trabajo, el sector de la energía.

Por ello, entrando ya en el análisis de la incidencia del derecho europeo en el sector de la energía, se puede advertir que desde los inicios en la historia de la construcción europea, dicho sector se encuentra afectado en mayor o menor medida por los diferentes objetivos, acciones y políticas comunitarias. Así pues, el proceso fundacional comunitario de los tres Tratados constitutivos (dos se ocupan específicamente de cuestiones energéticas, el Tratado

CECA del carbón y del acero, cuyos objetivos se establecen en sus arts. 1, 2 y 3, y el EURATOM de la utilización de la energía nuclear, cuyos objetivos vienen referidos en los arts. 1 y 2 del TCEEA).

Para el cumplimiento del objetivo de creación de un mercado común, el principio de libre circulación de mercancías adquiere en la fase inicial una importancia primordial²¹², concretándose la misma en la supresión gradual de los derechos de aduana y de las restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones de mercancías entre los Estados miembros, así como de las medidas de efecto equivalente, teniendo todo ello las consecuentes incidencias en el sector de la energía en general, así como las reservadas en los Tratados específicos antes mencionados.

Como política complementaria se configura, ya desde la constitución de las Comunidades Europeas, una política europea de competencia inspirada no sólo en los postulados tradicionales de defensa y protección del derecho de la competencia, sino en el objetivo de coadyuvar a la consecución del mercado común inicialmente y, al mercado interior más adelante, y, por tanto, a la aplicación de los principios de libertad de circulación de bienes y servicios que los han ido sucesivamente expresando y reforzando en la Comunidad primero, en la Unión posteriormente.

Como ha señalado, en nuestra opinión con indudable claridad, Laurance Idot, en los Tratados comunitarios, y en particular el primero de ellos, el Tratado de Roma, incorporan dentro los gérmenes del movimiento de liberalización actual. El artículo 38 del TCE, cuyo contenido nunca ha sido modificado, indica que la acción de la Comunidad comporta el establecimiento de un “régimen que asegure que la competencia no sea falseada en el mercado común”.²¹³

²¹² En Derecho comunitario se acepta que la electricidad constituye una mercancía a efectos del artículo 30 del Tratado. El Tribunal de Justicia reconoció en la Sentencia Costa/ENEL que la electricidad puede incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 37 del Tratado. En la Nomenclatura Aduanera de la Comunidad, la electricidad se considera una mercancía.

²¹³ Laurence Idot, en la Introducción al trabajo de Christophe Lemaire: *Énergie et concurrence*, Presse Universitaires d'aix-marseille, 2003, Tome I.

Por otro lado, y continuando con la pronunciación de las libertades o principios básicos que también se proyectan indirectamente sobre la regulación sectorial energética, cabe señalar que el Tratado de la Unión ordena la regulación de las actividades profesionales no asalariadas o independientes, distinguiendo, a su vez, según que el ejercicio de tales actividades suponga la creación de un establecimiento permanente en un Estado miembro distinto de aquel en que la persona física tenía su domicilio, o simplemente la prestación de servicios profesionales cuando sea distinto el Estado miembro en que residen el prestatario y el beneficiario. En el primer caso nos referiremos al derecho o libertad de establecimiento, y en el segundo a la libre circulación o prestación de servicios. Con carácter general las libertades de establecimiento y prestación de servicios tienen una serie de principios, objetivos y características comunes, aunque observen lógicas diferencias en su contenido material. El punto de partida para adentrarse en el contenido de ambas libertades comunitarias es partir del hecho de que deben vencerse o suprimirse las restricciones a la competencia que los Estados mantienen, para establecer las condiciones de acceso y ejercicio en las distintas actividades no asalariadas. Desde ese momento, como ha señalado la Profesora Abellán Honrubia, el contenido de dichas libertades presenta un doble aspecto: a) Respecto al Estado donde se realiza el establecimiento o la prestación de servicios, significa que el beneficiario ejerce la actividad de que se trate en las mismas condiciones que los nacionales. El principio jurídico rector es el de la no discriminación por razón de la nacionalidad (o de “asimilación al nacional”); b) Respecto al conjunto de la Comunidad, se trata de asegurar que las condiciones en un determinado sector de actividad sean equivalentes a todos los Estados miembros. El principio jurídico rector es el de equivalencia en relación a la Comunidad, cuya finalidad es evitar que el desajuste entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros falsee la libre competencia en el ejercicio de la actividad no asalariada.

En el marco del Tratado, las disposiciones de los artículos 55 a 58 se aplican indistintamente al establecimiento y a los servicios, con la consecuencia de que ambas libertades quedan sometidas a las mismas limitaciones y son objeto de procedimientos de realización efectiva de idéntica o análoga naturaleza. Por otra parte, en la esfera del derecho derivado, la mayor parte de las Directivas, como en el caso energético que nos ocupa, se aplican por igual al ámbito de los derechos de establecimiento y a los servicios.

En el Capítulo del Tratado que hace referencia al derecho de establecimiento hay que destacar dos disposiciones en las que se prevé la adopción de Directivas: artículo 57.1, en el que se establece la adopción de Directivas cuyo objeto sea el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos; y el artículo 57.2, referido a Directivas destinadas a coordinar las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los ordenamientos nacionales sobre acceso y ejercicio de actividades no asalariadas.

Desde un punto de vista funcional, por consiguiente, las Directivas comunitarias, como las que luego examinaremos relativas al sector eléctrico, están llamadas a desempeñar, básicamente, un doble papel, por lo que al derecho de establecimiento se refiere: por un lado, la supresión de aquellas restricciones al ejercicio de tal derecho derivadas de la normativa interna cuyo carácter sea discriminatorio frente a los extranjeros; por otro, la supresión de aquellas restricciones que resulten de la aplicación de disposiciones nacionales que, no entrañando un tratamiento discriminatorio, posibilitan, de hecho, el nacimiento de obstáculos a la libre circulación de los no asalariados.

Es evidente, por lo anterior, que una de las libertades básicas del Derecho de la Unión Europea es la libertad en la prestación de los servicios. Los procesos liberalizadores, en definitiva, buscan poner en alza dicha libertad. Actividades que antes estaban publicadas se convierten ahora en iniciativa privada (p. ej. sectores como la electricidad, gas, oleoductos), los nuevos servicios nacen ya en un entorno competitivo (p. ej. muchos de los servicios de telecomunicaciones); en fin, la propia idea de servicio público se transforma conciliándose con las necesidades del mercado. Detrás de todos estos cambios se encuentra la libre competencia²¹⁴.

No obstante, el efecto de la libre competencia no sólo se proyecta sobre los servicios sino que, además, abarca las infraestructuras, privadas o públicas, que soportan a dichas actividades.

²¹⁴ En general sobre el principio de libre competencia me remito a la citada en el artículo “Libre competencia en la infraestructura demanial”, op. cit., pág. 31; sobre la transformación del servicio público cfr. cap. II de esta obra.

2. EL DERECHO ORIGINARIO DE LOS TRATADOS CONSTITUTIVOS Y LA ENERGÍA²¹⁵.

2.1. El Tratado CECA.

Jean Monnet, nacido en la localidad francesa de Cognac en 1888, es la figura eminente del momento fundacional comunitario. Hay otros “padres fundadores”, en particular Robert Schuman o Henri Spack, pero Monnet es el arquitecto–urbanista genial que visualiza como nadie, que imagina el diseño de un edificio comunitario en un territorio, el continente europeo devastado por la guerra y la pobreza y necesitado por ello de reconciliación política, reconstrucción material y recuperación económica. Monnet, de gran experiencia en el sector público internacional- fue designado en 1920 Secretario general Adjunto de las Sociedad de Naciones-, y privada – fue alto ejecutivo de empresas internacionales de corte financiero- preconiza que para hacer realidad estos objetivos se debe iniciar una cooperación económica europea a través de un primer “ensayo” en el campo de la siderurgia²¹⁶. Así lo declaró en su discurso inaugural de la CECA el 10 de septiembre de 1952 en Luxemburgo: *“La Unión de Europa no puede fundarse únicamente sobre la buena voluntad. Las reglas son necesarias. Los sucesos trágicos que hemos vivido y a los que asistimos ahora nos han podido hacer más conscientes. Pero los hombres pasan y otros vendrán para reemplazarlos. Lo que nosotros podemos dejar no será una experiencia personal que naturalmente desaparecerá con nosotros, sino las instituciones. La vida de las*

²¹⁵ J. Monet, “Mémoires”. Ed. Fayard: “Si tenemos éxito aportando la prueba de que personas perteneciendo a países diferentes pueden leer el mismo libro, trabajar sobre el mismo problema con los mismos dossier, los “arrière-pensées”, inútiles las suspicacias, nosotros habremos contribuido a cambiar el curso de actuación entre las naciones”.

²¹⁶ Ver, entre otros trabajos: Bitsch, M–T: La première institution supranationale: du nouveau sur l’histoire de l’Autorité de la Communauté de l’acier, en Journal of European Integration History. 1.1.1995.

Gillingham, J.: Solving the Ruhr problem: German heavy industry and the Schuman Plan. Schwabe K (ed) 1950/51.

Bullan, R.: *The British government and the Schuman Plan*, Mayo 1950-Marzo 1951, en Schwabe K. (ed).

Gervet, B.: *Renè Mayer, président de la haute Autorité de la CECA*, en Revue d’histoire de la deuxième guerre et conflits contemporaines, Vol 141. 1986.

Berger, F.: Les sidérurgistes français et allemands face à l’Europe: convergences et divergences de concept 1932–1952, en Journal of European Integration History, 1.1.1995.

Poiderin: Robert Schuman, homme d’État 1886-1963, París 1986.

instituciones es más larga que la de los hombres, y las instituciones pueden, si están bien construidas, acumular y transmitir la sabiduría de las sucesivas generaciones” ²¹⁷. Esta mejoría institucional central será clave en el transcurrir comunitario, dado que la vida de las instituciones se basa y fundamenta en la aceptación y desarrollo de unos principios (las libertades comunitarias) que legitiman su acción y a cuyo servicio se sitúan las técnicas e instrumentos jurídicos pertinentes.

En noviembre de 1949 la Asamblea Nacional francesa celebra un debate sobre la situación internacional y europea y en el transcurso del mismo el parlamentario André Philip, dirigente del Movimiento Socialista para los Estados Unidos de Europa propone la explotación común de las Zonas del Ruhr, Lorraine y el Sarre²¹⁸. En abril de 1949 en la Conferencia anual del Movimiento Socialista europeo, el propio A. Philip presenta un plan de coordinación europeo de los cuatro sectores industriales base: carbón, acero, electricidad y transporte.

En el mismo sentido van surgiendo iniciativas similares, como la del Ministro—Presidente de Renania—Westfalia, Karol Arnold, quien propone afirmar las bases económicas de Europa occidental y, en particular, ampliar el control de la Autoridad

²¹⁷ Ver: Jean Monnet: *Mémoires*. Librairie Arthème Fayard, 1976, pág. 449.

²¹⁸ En el orden político general se habían producido desde comienzos del siglo XX distintas iniciativas encaminadas a lanzar la idea europeísta. Entre las más notables cabe citar la propuesta federalista de Briand explicada en Ginebra en 1929.

En 1946, y paradójicamente también Suiza, pero esta vez en Zurich, W. Churchill apelaba a la creación urgente de los “Estados Unidos de Europa”. Más centrados en la preocupación de evitar los conflictos industriales, especialmente en la cuenca del Ruhr y el Sarre —enfrentamientos sobre el desarrollo en el ámbito del carbón y el acero—, entre franceses y alemanes, conciliándolo con la idea de progresar en la construcción europea, en marzo de 1950 el Canciller de la Alemania Federal K. Adenauer, llegó a sugerir, en una entrevista concedida al periodista norteamericano Kingsbur y Smith, una unión completa de Francia y de Alemania y la fusión de sus economías, de sus Parlamentos, incluso de sus nacionalidades.

El Proyecto inicial se concretó, sin embargo, en el establecimiento de unas “bases comunes de desarrollo económico” en la producción y la distribución de dos productos fundamentales como el carbón y el acero en la Europa de entonces, “asegurar su puesta en venta en iguales condiciones, buscar la mejora de su producción, fijar condiciones sociales equivalentes, fijar cotas de producción y mecanismos financieros de perecuación de precios, fondos de reconversión, etc...”. Y disponer todo ello bajo una nueva organización institucional dirigida por una “Alta Autoridad” común, una Asamblea, un Consejo especial de Ministros y un Tribunal de Justicia.

El paso jurídico esencial era que seis países europeos acordaran establecer un nuevo sistema jurídico donde la noción de interés común prevalecería sobre los intereses nacionales.

internacional del Ruhr a las industrias del Sarre, Lorena, Luxemburgo y Bélgica. Monnet era consciente de que si no se actuaba con rapidez ninguno de los objetivos antes reseñados podría alcanzarse con la rapidez y destreza necesaria que asegurara paz, estabilidad e inicio del desarrollo económico en el centro del continente europeo. Existían, por contra, riesgos reales de vuelta al proteccionismo, prácticas de cartelización industrial y además Alemania deseaba aumentar sin cortapisas su producción de acero que había sufrido una caída grave desde 1945, con lo que de paso se pretendía contentar, o al menos apaciguar, la contestación crítica creciente de los sindicatos reagrupados en el DGB.

Debemos recordar el serio retroceso que había sufrido Alemania en el desarrollo de estas energías a consecuencia de sus derrotas en las dos Guerras mundiales, y las cesiones territoriales que debió asumir, en el Sarre y Lorena, a su causa. Ahora bien, tampoco cabía duda de la capacidad de recuperación demostrada por la industria alemana incluso en los momentos más difíciles y delicados. Por ello, cabe recordar el contexto histórico inmediatamente anterior a la firma de la Declaración Schuman, magníficamente retratado por Jean Monnet en sus Memorias, al referir la reunión que tendría lugar entre los Ministros de Asuntos Exteriores de Estados Unidos, Inglaterra y Francia, para discutir el provenir de Alemania, y de manera más concretar, la fijación de techos de producción en las industrias de carbón y acero. Así lo describe Monnet: “Alemania pide un aumento de su producción de 11 a 14 millones de toneladas. Nos negaremos, pero los americanos insistirán. Al final, plantearemos nuestras reservas, pero cederemos. Al mismo tiempo, la producción francesa toca techo, o baja incluso. Basta enunciar estos hechos para que no haga falta describir con gran detalle sus consecuencias: Alemania, en expansión; dumping alemán a la exportación; peticiones de protección a la industria francesa; frenazo a la liberalización de los intercambios...”: Monnet es perfectamente consciente de esta oportunidad histórica única de frenar la capacidad alemana de dominar industrialmente el centro de Europa, y por otra de alcanzar con ellos un pacto político de futuro, en condiciones de igualdad.²¹⁹

El día 9 de mayo de 1950 a las 18 horas en el salón del reloj de Quai d’Orsay, Robert Schuman, Ministro de Asuntos Exteriores francés y Diputado a la Asamblea Nacional por el Departamento de la Moselle, de importante peso siderúrgico, pronuncia su célebre

²¹⁹ Ver Memorias de Jean Monnet, en la edición antes referida.

declaración solicitando la creación de un proyecto europeo de unidad económica. Había contado para la preparación y elaboración de su texto, además de la inspiración y el magisterio de Monnet, con un equipo formado por Etienne Hirsch, Pierre Uri, Paul Reuter y el jefe de gabinete de Schuman, Bernard Cleppier.²²⁰

El 18 de abril de 1951 se firma el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), en la sede de París, a fin de poner en marcha, según señala Robert Schuman, una estructura capaz de facilitar los primeros objetivos concretos de una Federación Europea indispensable para la preservación de la paz.²²¹ Junto a este fundamento de naturaleza política que proporcionaba las bases necesarias de estabilidad para la reconstrucción del continente europeo después de la Segunda Guerra Mundial, existía otra razón de naturaleza económica para la creación de este Organismo supranacional: el reconocimiento del carbón y el acero como materias primas básicas para el desarrollo del modelo económico europeo. A tales energías primarias se les concedía un valor estratégico evidente que permitiría también superar las rivalidades históricas entre los principales países y Estados europeos. La idea de superación de estas rivalidades históricas guió así esta primera iniciativa comunitaria de integración supranacional. De esta forma, en el Preámbulo del Tratado CECA se afirma la voluntad de sustituir las rivalidades seculares por una fusión de los intereses esenciales de los Estados y de fundar, por la instalación de una Comunidad Económica, las primeras bases de una Comunidad más amplia y más profunda entre pueblos

²²⁰ Como subraya Antonio Truyol, Robert Schuman (apoyado por el padre del primer plan económico y social francés Jean Monnet), y otros estadistas continentales, como Konrad Adenauer y Alcide de Gasperi, iniciaron el “rodeo” de las “organizaciones funcionales” de los Seis, la primera de las cuales fue la CECA. [...] El fracaso de la “non nata” CED contrasta con el resultado positivo de las Comunidades económicas (la CECA y las dos que seguirán); por lo que un famoso Comunicado posterior, el de la Conferencia de Jefes de Estado o de Gobierno de los Seis en La Haya (2 de diciembre de 1969) las calificó retrospectivamente de “núcleo original a partir del cual se ha desarrollado y ha levantado su vuelo la unidad europea”.

Antonio Truyol y Serra: *La Integración Europea*. Tecnos, 1999.

²²¹ El texto íntegro de la breve Declaración de 9 de mayo de 1950 del Ministro de Asuntos Exteriores francés Robert Schuman se agiganta por el valor de su contenido y su capacidad prospectiva sobre la idea y virtualidad del método de integración comunitaria. Estos son sus párrafos iniciales: “La paz mundial no puede quedar salvaguardada sin esfuerzos creadores a la medida de los peligros que la amenazan....Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho. La reunión de las naciones europeas exige que la oposición secular de Francia y Alemania sea eliminada...con ésta finalidad el Gobierno francés propone llevar inmediatamente la acción sobre un punto limitado, pero decisivo...propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a los demás países de Europa. La puesta en común de las producciones de carbón y acero asegurará inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de éstas regiones..

largamente opuestos por divisiones sangrantes, y de sentar las bases institucionales capaces de orientar un destino compartido.

Así pues, la dimensión histórica del Acuerdo suscrito por la República Federal de Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Holanda, tiene una doble naturaleza: una política y otra económica. La política ya ha quedado reflejada y la económica es la de contribuir, en armonía con las economías generales de los Estados miembros, al establecimiento de un Mercado Común que aumente el desarrollo del empleo y el nivel de vida de los Estados miembros por esta vía de creación de un Mercado Común limitado a los productos del carbón y del acero. No hay que olvidar que en los años cincuenta la hulla es la principal fuente de energía. Debido a que los impulsores de la idea europea pretenden crear una solidaridad de hecho, se establecen unas bases comunes de desarrollo mediante la puesta en común de producciones de base. El Acuerdo se firma el 18 de abril de 1951 y, tras su ratificación por los seis Estados firmantes, entra en vigor el 21 de julio de 1952.

La puesta en marcha del Acuerdo CECA da resultados inmediatos²²² y muy pronto los intercambios de estos dos productos experimentan un auge muy considerable, lo que anima a los promotores de las ideas europeístas a promover otras formas de integración más ambiciosas. El 18 de septiembre de 1952 los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la CECA adoptan una Resolución afirmando que *“el objetivo final de los seis Gobiernos ha sido y sigue siendo, llegar a la constitución de una comunidad política europea lo más extensa posible”*, si bien formulan dicho objetivo *“conscientes de que la constitución de una Comunidad Política Europea de estructura federal o confederal está ligada al establecimiento de bases comunes de desarrollo económico y a una fusión de los intereses esenciales de los Estados miembros”*.²²³

²²² Una buena prueba de ello es la declaración que realiza el 10 de febrero de 1953 Jean Monnet, al señalar que “ya no existe carbón alemán, belga, francés, italiano o luxemburgués, sino carbón europeo circulando libremente entre nuestros seis países considerado como un solo y único territorio.... Jean Monnet: Mémoires, Librairie Arthème Fayard, 1978, pág. 453.

²²³ Resolución adoptada por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados miembros de la CECA, sobre la elaboración de un Estatuto de una Comunidad Política Europea. Consejo de Europa. Asamblea Consultiva. 4ª Sesión. Septiembre de 1952. Documentos. Vol. II, nº 40.

Junto a la extraordinaria tarea que encabeza en el ámbito europeo la figura de Monnet, debemos destacar la firme voluntad de los Estados Unidos de contribuir generosa e inteligentemente a la reconstrucción económica europea. Con claridad lo describe Jean Monnet en sus Memorias, donde narra con precisión el camino que permitió aprobar al Gobierno del Presidente Truman una decisiva ayuda económica norteamericana a dieciséis países europeos hasta el mes de junio de 1952, que propició al mismo tiempo –y como parte de la misma operación política- dar cuerpo a la creación de la primera gran organización multilateral de cooperación económica europea, la OECE, luego renombrada OCDE²²⁴.

Conviene subrayar el ámbito de las actividades comprendidas dentro del Tratado CECA, en cuanto al carbón²²⁵, que quedaban incluidos la hulla y sus aglomerados, el coque (con alguna excepción) y semicoque, lignito y briquetas, y semicoque de lignito. Quedan excluidos los carbones térmicos y las antracitas. En cuanto a la industria siderúrgica comprende, aparte de las materias primas para la producción de fundición y acero, el mineral de hierro, chatarra, mineral de manganeso, ferroaleaciones y productos siderúrgicos. Y, entre estos últimos, el acero, los semiproductos, productos laminados en caliente, productos planos, productos laminados en frío, excepto fleje, hojalata, chapa galvanizada y otras chapas recubiertas. Quedan fuera de la CECA los productos de primera transformación como trefilados, calibrados, tubos soldados y sin soldadura, piezas de acero moldeado, piezas de acero forjado, así como cualquier producto obtenido por forja o acabado en frío.

Desde el punto de vista jurídico, el Tratado CECA prevé un Mercado Común que implica, básicamente, la abolición de los derechos de aduana en las producciones de carbón y acero, o exacciones de efecto equivalente;; la abolición de las restricciones cuantitativas a

²²⁴ En sus Memorias, Jean Monnet cuenta cómo el Secretario de Estado para Asuntos económicos, William Clayton, al regreso de un viaje a Europa en 1947, redacta un Informe secreto con consideraciones que ponen de relieve la gravedad de la situación, encendiendo las necesarias alarmas: “*Resulta evidente [escribe] que nosotros hemos subestimado las destrucciones causadas a la economía europea por la guerra. Si la solución debe venir de la misma Europa, a Estados Unidos le corresponde proporcionar la ayuda de partida*”. A continuación, Monnet señala que Marshall, Acheson, Clayton, Harriman y Kennan, preparan una proposición “de una amplitud y una generosidad sin precedentes”, que se hace pública y formaliza políticamente con ocasión del discurso pronunciado por Alfred Marshall en la Universidad de Harvard el 5 de junio de 1947, con ocasión del “Commencement Day”. Se inaugura así, a juicio de Monnet, “un nuevo tipo de relaciones internacionales: ayudar a los otros a que se ayuden ellos mismos”. Ver: Jean Monnet, *Mémoires*. Librairie Arthème Fayard, 1976. París.

²²⁵ Ver el Anexo II del Tratado de París.

la producción de estas materias primas; la suspensión de discriminaciones en materia de precios, así, por tanto, la imposibilidad de realizar convenios, concentraciones de Empresas, prácticas colusorias y, en definitiva, medidas o prácticas que atenten contra el derecho de la competencia en esta materia. En el mismo sentido la prohibición de las ayudas de Estado queda establecida en el Tratado. Y, por otra parte, se eliminan las prácticas restrictivas tendentes a favorecer una parte del mercado²²⁶.

Un documento especialmente interesante, e insuficientemente conocido y citado, es el Informe de los Jefes de Delegación a los Ministros de Asuntos Exteriores, elaborado en el ámbito de la Conferencia Intergubernamental creada para la Conferencia de Messina que

²²⁶ El artículo 65 del Tratado CECA establece la prohibición de acuerdos, decisiones y prácticas en términos casi análogos.

En primer lugar debe afirmarse que el Derecho CECA, al igual que el de la CEE, se articula, en esta materia, en una norma de prohibición (art. 65.1) que puede ser derogada mediante una autorización de la Comisión (art. 65.2).

Asimismo, el concepto de empresa del artículo 65 TCECA incluye también a las empresas públicas, dado que los artículos 79 y 80 no distinguen entre empresas privadas y públicas y el Tratado CECA no contiene ninguna disposición equivalente al artículo 90 TCEE, de tal manera que la aplicabilidad de sus normas de competencia a las empresas públicas no cuenta con las limitaciones que establece el Tratado CEE. Debe tratarse de empresas de producción o que ejerzan habitualmente una actividad de distribución que no sea la venta a los consumidores particulares o a los artesanos en el campo del carbón y del acero (art. 80 TCECA).

Por otro lado, el artículo 66, en su apartado 7, igual que el 86 en el Tratado CEE, regula los comportamientos de las empresas que detentan una posición dominante. Este artículo no prohíbe el hecho de detentar una posición dominante, pero sí está en contra de los abusos de la misma que afecten al comercio entre los Estados miembros. Para la aplicación del artículo 66 es necesario reunir las mismas condiciones que se exigen en el 86 del Tratado CEE:

- La empresa o empresas han de disfrutar de una posición dominante en el mercado.
- Es necesario que exista un abuso de posición, lo que significa que haya una explotación del mercado que suponga un perjuicio para terceros en relación a los intercambios.
- Y que la empresa o empresas detenten la mencionada posición en una parte relevante del mercado comunitario.

Asimismo, es necesario referirse al concepto de ayudas estatales determinado por el artículo 92.1 del TCEE que no define qué deba entenderse por “ayudas estatales”, si bien, al declarar incompatibles cualesquiera ayudas concedidas por los Estados o mediante fondos estatales, sin condicionamiento de ningún tipo en orden a la forma que puedan revestir, nos sitúa ante un supuesto de hecho verdaderamente amplio y global, en relación al cual importarán sobre todo las consecuencias y efectos que esas ayudas desplieguen o puedan desplegar.

habría de preparar la redacción del Tratado de la Comunidad Económica Europea en Roma, once meses más tarde, el 25 de marzo de 1957²²⁷.

El Informe está estructurado en tres partes, precedidas de un Prólogo. La primera se titula “El Mercado Común”; la segunda “EURATOM”; y la tercera “Los sectores de acción urgente”, que se refiere exclusivamente, con gran sentido anticipador, a la energía; los transportes aéreos y los servicios postales y las telecomunicaciones.

El Informe señala que la creación de un mercado común exige una acción convergente que sigue tres grandes orientaciones, en torno a las cuales se articula este trabajo preparatorio del Tratado de Roma: a) El establecimiento de condiciones normales de competencia y el desarrollo armonioso del conjunto de economías interesadas que permitirán proceder, en etapas sucesivas, a la supresión de todos los mecanismos proteccionistas que obstaculizan la libertad de los intercambios; b) Tales condiciones normales y exigibles de competencia demandan reglas y procedimientos que reorienten las intervenciones estatales o las situaciones de monopolio; c) El mercado común lleva a la creación de nuevos recursos para la puesta en valor de las regiones subdesarrolladas y las fuerzas del trabajo inutilizadas; una ayuda, en caso de necesidad, a la reorientación productiva de las empresas y los trabajadores; una libre circulación de los factores de producción, el capital y las personas.²²⁸

²²⁷ El Comité Intergubernamental presidido por M. Paul-Henri Spaak, Ministro de Asuntos Exteriores de Bélgica, se creó con ocasión de la Conferencia de Messina del 1 y 2 de junio de 1955 por los Gobiernos de Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y Holanda. Informe de los Jefes de Delegación. Bruselas, 21 de abril de 1956.

²²⁸ Después de esta nota introductoria, destaca el Informe los aspectos sustantivos que debe contemplar una auténtica política de la competencia, señalando que *“dentro de las condiciones económicas del mundo moderno la ampliación de los mercados y de la competencia no es suficiente para asegurar el reparto racional de las actividades y el más adecuado ritmo para su expansión”*.

El primer hecho que conviene tener en cuenta es el de la dimensión adecuada de las empresas, o el uso de las asociaciones entre empresas, las prácticas de monopolio, las facultades de discriminación, las posibilidades de reparto de mercados.

El segundo aspecto es el de la intervención estatal con el propósito de favorecer a las empresas de su nacionalidad. Debe distinguirse entre las ayudas útiles al interés general y a la expansión de la producción, de aquellas que tienen por objeto falsear la competencia.

Por otro lado, más allá de las acciones deliberadamente emprendidas para favorecer o para proteger a las producciones nacionales, conviene ponderar la incidencia de una disparidad de legislaciones o de

La segunda parte del Informe lleva por título “EURATOM”, y sienta las bases y los principios que habrían de trasladarse poco después al Tratado del mismo nombre. Resulta especialmente interesante en la situación actual la mirada retrospectiva que brinda este Capítulo a la hora de interpretar con precisión el papel que se otorgaba en la Europa de la reconstrucción tras los sucesos de la II Guerra Mundial, a la energía atómica, y la urgencia que se manifestaba por los dirigentes europeos de la época por arbitrar mecanismos institucionales, jurídicos y económicos que permitieran asegurar la utilización pacífica de esta fuente energética, y la significación que se concedía a la puesta en marcha de un mercado común –adoptando todas las medidas de seguridad que fueran precisas y el fomento a la investigación en el sector– para el aprovisionamiento de esta energía primaria. Podemos estimar –se señala– que los Estados Unidos han consagrado hasta el momento alrededor de 15.000 millones de VEP (dólares) a la energía nuclear y Gran Bretaña 1.500 dólares de VEP. Paralelamente Francia ha gastado alrededor de 200 millones de VEP en nueve años. La concentración sobre la utilización pacífica de la energía atómica parece indispensable.

El tercer y último Capítulo del Informe lleva por rúbrica “Los sectores de acción urgente”, y se consagra especialmente a cuatro: la energía, los transportes aéreos, los servicios postales y las telecomunicaciones, su contenido material quedaba centrado y casi reducido, a sentar los pilares de una embrionaria política energética muy apoyada en la minería del carbón y la energía nuclear, y donde se afirma que “el transporte y la distribución de gas y electricidad se presentan en condiciones técnicas y económicas diferentes de la circulación de mercancías”.

reglamentaciones sobre las condiciones de competencia. Este difícil problema, apunta el Informe, demandará un análisis preciso de las medidas de corrección apropiadas.

La parte de los Estados dentro de la economía moderna se reconoce también por las divergencias que puede crear en los niveles de actividad económica o en los precios. Este hecho capital subrayará a la vez el riesgo y la oportunidad que comporta el establecimiento de un mercado común.

Consecuencia de aquél, es la Declaración suscrita con ocasión de la Conferencia de Mesina, por los Ministros de asuntos exteriores de los seis Estados CECA.²²⁹ En dicho texto resulta especialmente reveladora, incluso a la luz de las circunstancias actuales, transcurridos más de medio siglo de aquel momento, la lectura de los objetivos que persiguen, como fines explícitos a alcanzar con esta Declaración, y desde la perspectiva de apreciación del fenómeno energético en Europa. Así, se subraya literalmente que los “seis se han puesto de acuerdo sobre los objetivos siguientes:

1.- La extensión de los intercambios de mercancías y el movimiento de los hombres reclaman el desarrollo en común de grandes vías de comunicación. Para conseguir dicho objetivo, se llevará a cabo un estudio conjunto al respecto de los planes de desarrollo orientados a establecer una red europea de canales, autopistas, líneas eléctricas y una estandarización de dicho equipamiento, así como una investigación para una mejor coordinación del transporte aéreo [es curioso observar , más tarde, cómo se asocia en este documento para asegurar la realización operativa de determinados trabajos o misiones señaladas en el mismo, no solo a Comités técnico-ministeriales de los países adheridos al Tratado, sino también al Consejo de Europa, que se había creado a finales de los años cuarenta para promover la protección de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y cuyo radio territorial de actuación ya era sensiblemente mayor al del espacio CECA].

2.- El poner a disposición de las economías europeas energías más abundantes y más baratas [afirma la Declaración] constituye un elemento fundamental de progreso económico. Esta es la razón por la cual todos los acuerdos deberían llevarse a cabo para así poder desarrollar un número suficiente de intercambios de gas y energía eléctrica, capaz de incrementar el provecho de las inversiones realizadas y reducir los costes de su suministro. Se llevarán a cabo [se añade literalmente] estudios al respecto de los mecanismos necesarios para coordinar perspectivas de desarrollo para la producción y el consumo de energía, así como para trazar posibles líneas a seguir en aras de una política más global.

²²⁹ Ver Declaración adoptada por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros de la CECA (Mesina 1 y 2 de junio de 1955).

3.- El desarrollo de la energía atómica con fines pacíficos abrirá en breve plazo la perspectiva de una nueva revolución industrial sin punto de comparación con la de los últimos cien años. [Y concluye en este punto, afirmando que] Los seis estados firmantes estiman que hay que estudiar la creación de una organización común a la que se atribuyan la responsabilidad y los medios de asegurar el desarrollo pacífico de la energía atómica, tomando en consideración los arreglos especiales suscritos por ciertos gobiernos con terceros países.

Así por tanto, bajo una mirada actual, podríamos considerar que los fines descritos pudieran ser agrupados bajos los cuatro ejes siguientes:

- A) Promoción y desarrollo de infraestructuras energéticas, tanto de electricidad como de hidrocarburos.
- B) Aumento de los intercambios (facilidades de importación y exportación) de gas y energía eléctrica.
- C) Promoción y desarrollo de una nueva industria nuclear “abrirá, en breve plazo la perspectiva de una nueva revolución industrial sin punto de comparación con la de los últimos cien años”
- D) Disponer una organización institucional adecuada a los fines antes referidos.

El Tratado CECA sentó las bases para la articulación, entre varios países europeos de un auténtico derecho de defensa de la competencia en el sector, susceptible de extrapolar las categorías empleadas en el mismo a otros ámbitos económicos de actividad, como sucedería años más tarde, al aprobarse el Tratado por el que se creó el Mercado Común. Así, se establecieron normas relativas a los precios, previniendo el establecimiento de precios predatorios, o prácticas de dumping; se prohibieron los Convenios, acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas, y las prácticas concertadas, que tiendan, directa o indirectamente a impedir, restringir o falsear, el juego normal de la competencia en el mercado común del carbón y el acero. Y, por tanto, todas aquellas medidas tendentes a limitar o controlar la

producción, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados, los productos, los clientes o las fuentes de abastecimiento.

Asimismo, el Tratado CECA, en su vertiente reguladora del derecho de defensa de la competencia, reguló las concentraciones de Empresa, los abusos de posición dominante, o las ayudas de Estado, si bien admitiendo en este caso un régimen singular, en razón a las crisis sucesivas de reestructuración que ha vivido el sector del carbón y la industria siderúrgica.

El Tratado CECA- redactado en los aspectos esenciales por Maurice Lagrange, que posteriormente sería el primer abogado general del Tribunal de Justicia Europeo- se creó por una duración limitada de 50 años, expirando el 23 de julio de 2002. Un Protocolo anexo al Tratado de Niza regula las consecuencias financieras de expiración del Tratado CECA, en los términos que detallamos en páginas posteriores de este trabajo.

No cabe duda sin embargo, que siendo todos los aspectos referidos los elementos principales que motivaron su creación y que definen su régimen jurídico, debe subrayarse que el punto central del Tratado es el diseño institucional que contempla, situando por vez primera las producciones de carbón y acero bajo el mandato de una Alta Autoridad política y administrativa, precedente de la actual Comisión europea, y acompañando esta original y fundamental figura institucional, de carácter integracionista y transnacional, de otras clásicas como el Consejo de representantes ministeriales,²³⁰ la Asamblea de parlamentarios, con funciones de mero control, y un Tribunal de Justicia, que se iría erigiendo al poco tiempo en auténtica pieza clave, junto con la Alta Autoridad de la vida comunitaria, acompañada , en algunas tareas por el Comité Consultivo CECA, como especialidad técnica de esta organización.²³¹

²³⁰ Que celebró su primera reunión el 10 de noviembre de 1952. (Ver a ese respecto, el Discurso pronunciado en la misma fecha por J. Monnet ante la Comisión de organización de la CECA).

²³¹ Entre otros extremos puede leerse en el Tratado que , la Alta Autoridad podrá consultar al Comité Consultivo en todos los casos que lo considere oportuno, como los objetivos generales y los programas , referidos en el antiguo artículo 46.

2.2. El Tratado EURATOM.

Los Gobiernos del Benelux (Bélgica, Luxemburgo y los Países Bajos) dirigen el 18 de mayo de 1955 un Memorándum a los Estados miembros de la CECA instándoles a avanzar en una nueva etapa en el camino de la integración europea. Estiman que *“hay que proseguir el establecimiento de una Europa unida mediante el desarrollo de instituciones comunes, la fusión progresiva de las economías nacionales, la creación de un gran mercado común y la armonización progresiva de sus políticas sociales”* y apelan a una “integración económica general” que debiera comprender: *“la ampliación de las bases comunes del desarrollo económico extendiéndose, entre otras, al campo de los transportes, de la energía y de las aplicaciones pacíficas de la energía atómica”*. Afirmando a tal respecto que *“el desarrollo de la energía atómica con fines pacíficos abrirá en breve plazo la perspectiva de una nueva resolución industrial sin punto de comparación con la de los últimos cien años”*. A tal fin los países del Benelux consideran que hay que crear una autoridad común, a la que se atribuyan la responsabilidad y los medios de asegurar el desarrollo pacífico de la energía atómica.

El Comité encargado de preparar la Conferencia de Messina, presidido por Henri Speak, convocaba a los Gobiernos de los Estados adheridos a la CECA, a fundar lo antes posible una organización de características similares para el uso pacífico de la energía atómica, y lo formulaban en los siguientes términos, que adquieren, a mi juicio, indudable valor también e interés, a la luz de los tiempos actuales: La acción es urgente [proclamaban en su Resolución], la industria nuclear, productora de energía dispone también de las condiciones para fabricar bombas. Por esta razón, los aspectos políticos y los aspectos económicos de la energía atómica son inseparables. *“La Comunidad Europea debe desarrollar –se afirma textualmente- la energía atómica con fines exclusivamente pacíficos. Esta opción exige un control sin fisuras”*.

La declaración precitada demandaba la creación de una Comunidad sobre la base del modelo CECA. La Comisión sería el órgano ejecutivo y tendría la propiedad exclusiva de los combustibles nucleares producidos o imputados y controlaría su uso. Ella sería la única habilitada para negociar y concluir acuerdos con personas terceras. Se señala, asimismo en el Documento propuesto, que *“el desarrollo de la energía atómica con fines pacíficos*

abrirá la perspectiva de una nueva revolución industrial y la posibilidad de una transformación profunda de las condiciones de trabajo y de vida". Palabras ciertamente premonitorias, de los grandes avances tecnológicos, industriales y de progreso económico observado en la Europa comunitaria, desde entonces.

No cabe duda también, como recuerda Jean Monnet, que los acontecimientos profundos del 26 de julio de 1956, cuando el Presidente de Egipto, Nasser declara que la Compañía del Canal de Suez dejaba de existir y que el control del Canal pasaba a manos directas del Estado, condicionaron a partir de entonces el sistema circulatorio mundial de unas partes muy importantes de reservas de petróleo. Ello conduce a una declaración europea –en forma de Resolución– donde puede leerse: *"el aprovisionamiento de la energía en Europa Occidental condiciona el progreso o la decadencia de nuestros países. En este momento la Europa Occidental importa la quinta parte de la energía que utiliza, pero dentro de diez años las importaciones se habrán elevado a un tercio de nuestras necesidades. La mayor parte de estas importaciones es el petróleo de Medio Oriente. Una dependencia energética de tal magnitud engendra la inseguridad y los riesgos permanentes de conflictos. Entre países industriales y países subdesarrollados, debe establecerse una colaboración indispensable"*. Y se continúa afirmando, *"la posibilidad de hacer presión sobre la Europa Occidental con el petróleo de Medio Oriente se opone al desarrollo de relaciones pacíficas entre la Europa Occidental, África y Asia, así como entre el Este y el Oeste"*. Y se afirma una nueva estrategia de fuentes energéticas en los términos siguientes: *"Juntos, desarrollando y uniendo nuestros recursos, nuestros países deben llegar a producir una energía atómica en condiciones y cantidades suficientes para mantener en límites razonables nuestras importaciones de carbón y petróleo"*.²³²

El 25 de marzo de 1957 los seis países firmantes del Tratado CECA firman en Roma, junto con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Mercado Común, el Tratado EURATOM, Organización destinada a desarrollar la utilización pacífica de la energía atómica.

²³² Ver Memorias citadas.

El Preámbulo de este Tratado es suficientemente revelador de su alcance, y del valor que los seis países firmantes concedían a la energía nuclear, “Conscientes de que la energía nuclear constituye un recurso esencial para el desarrollo y la renovación de la producción y el progreso de las acciones a favor de la paz... Resueltos a crear las condiciones para el desarrollo de una potente industria nuclear, fuente de grandes disponibilidades de energía y de una modernización de la tecnología, así como de otras muchas aplicaciones que contribuyan al bienestar de los pueblos... Deseosos de asociar otros países a su acción y de cooperar con las organizaciones internacionales interesadas en el desarrollo pacífico de la energía atómica...”²³³

Por consiguiente, las ideas de paz, progreso, modernización tecnológica, bienestar material, o cooperación con la comunidad internacional, aparecen como elementos motivadores y objetivos de dicho Tratado.

El Tratado EURATOM atribuye, pues, a la Comunidad la misión de establecer las condiciones necesarias para la formación y el rápido crecimiento de las industrias nucleares en los Estados miembros, confiriéndoles atribuciones en materia de investigación y desarrollo; sanidad y seguridad nuclear; así como en lo relativo a la protección del medio ambiente, que será con el transcurso de los años un capítulo esencial, a través de la acuñación y elaboración sistemática del concepto de desarrollo sostenible, en conexión con esta materia. Y, en definitiva, para el desarrollo o utilización de la energía nuclear para fines pacíficos. A tal efecto se crea también la Agencia EURATOM, encargada de garantizar el aprovisionamiento de materiales básicos fisiónables para energía nuclear. Un elemento central del texto es el reconocimiento de la primera política energética de la Unión Europea, la política común de abastecimiento del uranio. Política residual si se quiere desde la total comprensión del sistema energético, pero cierta. Un primer mecanismo de coordinación interestatal para la política industrial energética comunitaria.

La Comunidad Europea de la Energía Atómica, o EURATOM, fue constituida por los Estados miembros “*resueltos a crear las condiciones para el desarrollo de una potente*

²³³ Ver Preámbulo del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957.

industria nuclear, fuente de grandes disponibilidades de energía y de modernización de la tecnología, así como de otras muchas aplicaciones que contribuyan al bienestar de los pueblos”, como afirmábamos proclama, como resumen de todos sus objetivos uno de los puntos del Preámbulo del citado Tratado.

El Tratado Euratom responde a la misma idea, objetivos y estructura de su precedente, regulados del mercado común del carbón y el acero. Así está integrado por 225 artículos encuadrados en seis Títulos, que a su vez se organizan internamente en sendos Capítulos y, estos, en Secciones, y en diversos Anexos finales y Protocolos adicionales. El Título I de dicho Tratado está consagrado a la misión de la Comunidad, que consiste en contribuir, mediante el establecimiento de las condiciones necesarias para la creación y crecimiento rápido de industrias nucleares, a la elevación del nivel de vida de los Estados miembros y al desarrollo de los intercambios en los demás países. Esto quiere decir que la producción energética no constituye, como ya habíamos visto en buena medida en el origen de creación del Tratado CECA, el fin básico de este Tratado, sino que tiene un carácter instrumental para la consecución de unos fines de naturaleza política y de estabilidad en el continente europeo.

Los objetivos del Tratado EURATOM aparecen recogidos en el art. 2 del mismo, y guardan cierto paralelismo con los antes mencionados respecto de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, es decir, desarrollar la investigación en dicha área, establecer normas de seguridad uniforme para la protección sanitaria, velar por el abastecimiento regular y equitativo de estos materiales, asegurar el acceso más idóneo a los mercados mediante la creación de uno común de materiales y equipos especializados, a través de la libre circulación de capitales para inversiones en el campo de la energía nuclear, y la libertad de empleo de especialistas dentro de la Comunidad.

La realización de las funciones de la Comunidad europea de la energía atómica quedan reservadas a un corpus organizativo prácticamente idéntico, con algunas alteraciones de denominación, de los señalados en el Tratado CECA, así la Asamblea parlamentaria, el Consejo de Ministros, la Comisión, que utiliza por vez primera esta denominación, y el Tribunal de Justicia.

2.3. El Tratado de la Comunidad Económica Europea y la Energía.

Las normas del Tratado CE se aplican a aquellas partes del sector energético que no están cubiertas por el Tratado de la CECA o por el Tratado de la CEEA. Estas reglas del Tratado aplicables al sector energético son: el Derecho de la competencia (arts. 85 y 86), las disposiciones sobre libre circulación de mercancías (arts. 30 a 37) y servicios (arts. 59 a 66) el Derecho de establecimiento (arts. 52 a 58) y las exigencias relativas a las empresas públicas o aquellas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos (art. 90). Todos estos artículos se aplican a la totalidad del sector de la energía salvo el carbón y la energía nuclear.

En relación al comportamiento anticompetitivo de las empresas energéticas, las mismas están sujetas a los artículos 85 y 86, como veremos ulteriormente, con el necesario grado de detalle. Estos artículos, y especialmente el artículo 86, han sido utilizados para desarrollar la doctrina de las “*essential facilities*”; la negativa a la cesión de uso mediante el pago de una tarifa razonable sería considerada un abuso de posición dominante, encuadrado en la fórmula general del artículo 86 del Tratado de Roma. Por su parte el artículo 85 prohíbe los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

La Comisión enjuiciará la situación del sector energético desde los siguientes puntos de vista: artículos 30-36 (libre circulación de mercancías); el artículo 28 prohíbe las restricciones cuantitativas a la importación y las medidas de efecto equivalente (en lo sucesivo “mecanismos de efecto equivalente” (MEE), mientras que el artículo 29 contiene la interdicción de las restricciones cuantitativas a la exportación y de las MEE; por su parte, el artículo 30 permite que los Estados miembros adopten reglamentaciones nacionales contrarias a los artículos 28 ó 29 para proteger intereses sociales fundamentales, como la salud pública, el orden público, la propiedad industrial y comercial o el patrimonio histórico-artístico. Esta competencia de los Estados miembros desaparece cuando las instituciones comunitarias, utilizando la técnica de la armonización de las legislaciones nacionales, adoptan normas comunitarias en las materias en cuestión, que aseguran la protección de los mencionados intereses sociales. Las prohibiciones de los artículos 28 y 29

son claras, precisas e incondicionales y, por ello, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas les ha reconocido efecto directo, de manera que pueden ser invocadas directamente por los particulares ante sus jueces nacionales, que deben garantizar su aplicación. Las medidas de efecto equivalente son, a juicio de la jurisprudencia, *“toda reglamentación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario”*²³⁴; 59-66 (libre circulación de servicios); 37 y 90 (monopolios de carácter comercial y empresas – públicas o privadas– con derechos excluidos); 85 y 86 (libre competencia); y 92-94 (ayudas estatales).

Por otra parte, el Tratado de la Unión dispone que la Comunidad perseguirá *“el establecimiento de un régimen que garantice que la libre competencia no sea falseada en el mercado interior”*. Este concepto debe impulsarse tanto a través de medidas de promoción de la competencia como de control y, en su caso, sanción de su restricción o falseamiento. Así, el derecho de la competencia se expresa por la vigencia de conductas restrictivas de la libre competencia entre empresas, en particular, acuerdos anticompetenciales entre ellas; impidiendo la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado; e impidiendo o sancionando la concesión de ayudas públicas por parte de los Estados miembros, que falseen la libre competencia.

Las transgresiones a la libre competencia deben afectar al comercio entre los Estados miembros aunque procedan de una empresa exterior a la Comunidad pero que actúe en el interior de la misma.

El artículo 86 TCE prohíbe la explotación abusiva de posición dominante en el mercado, por parte de una o más empresas. Esta prohibición se aplica cuando se dan las siguientes circunstancias: una posición dominante en el mercado, habiendo declarado el Tribunal Comunitario que tal circunstancia se da *“cuando se encuentra en condiciones de*

²³⁴ Ver, entre otras, Sentencia de 11 de julio de 1974, Dassonville (8/74, Rec., p. 837), apartado 5; Sentencia de 24 de noviembre de 1993, Keck y Mithouard (Asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91); Sentencia de 20 de febrero de 1979, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, “Cassis de Dijon” (120/78, Rec., p. 649); Sentencia de 11 de julio de 1985, Cinéthèque (Asuntos acumulados 60 y 61/84, Rec., p. 2623).

comportarse frente a sus competidores de forma tan independiente que es posible para ella impedir una competencia efectiva"; el artículo 86 no prohíbe la posición dominante en sí misma, sino su explotación abusiva. Hay "explotación abusiva", según el mismo artículo 86, en una serie de casos citados a título enunciativo, que coinciden casi totalmente con los vistos en el artículo 85. En la práctica, los casos más frecuentes denunciados por la Comisión consisten en negar suministros, practicar precios predatorios y abusar del ejercicio de la titularidad de derechos de propiedad industrial para controlar mercados.

El artículo 92 TCE, sobre control de ayudas públicas, prohíbe la concesión a las empresas de cualquier ayuda pública que distorsione o amenace distorsionar la competencia, en la medida que tal ayuda puede afectar al comercio entre los Estados miembros. En consecuencia, las ayudas públicas deben ser siempre obligatoriamente comunicadas a la Comisión por el Estado miembro que las otorga y la Comisión es la única autoridad con competencia para autorizarlas.

No obstante esta prohibición aparece suavizada por la aplicación de una doble categoría de excepciones: a) Ayudas compatibles de pleno derecho (las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, y las ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales); y b) Ayudas compatibles si reúnen las condiciones exigidas [ayudas para favorecer el desarrollo económico de regiones socialmente deprimidas; ayudas para realizar determinados proyectos de interés común europeo o para remediar una situación de grave perturbación en la economía de un Estado miembro; ayudas para facilitar el desarrollo de ciertas regiones o ciertas actividades sectoriales, y ayudas para fomentar la cultura y la conservación del patrimonio (novedad introducida por el Tratado de la UE)]²³⁵.

²³⁵ La amplitud del término "ayudas estatales" ha sido destacada, y afirmada, en todo momento por el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad de manera especialmente significativa. Se trata de "*ventajas consentidas por las autoridades públicas que, bajo diversas formas, falsean o amenazan con falsear la competencia favoreciendo ciertas empresas o ciertas producciones*" (TJCE, 2 de julio de 1974, Italia c. Comisión, Asunto 173/73, Rec. 1974, pág. 709). Ya en una Sentencia de 23 de febrero de 1961 (Asunto 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad, Rec. 1961, pág. 3), el Tribunal entendió que "... la terminología usual ve en una subvención una prestación en metálico o en natura acordada para el mantenimiento de una empresa al margen del pago, por el comprador o el usuario, de los bienes y servicios que produce...; (mientras que) la noción de ayuda es, sin embargo, más general que la noción de subvención, porque comprende no solamente prestaciones positivas, tales como las propias subvenciones, sino igualmente intervenciones que, bajo formas diversas, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, son de una auténtica

2.4. El Tratado de la Carta Europea de la Energía. ¿Una política energética exterior común?

En cuanto a los mecanismos de cooperación internacional en el campo de la energía existentes hasta ahora, consideramos preciso mencionar en este trabajo dos, por su especial significación. De una parte, el Tratado de la Carta de la Energía, que proyecta un intento de creación de una política energética metaeuropea, sin relación directa con el acervo común; de otra, la creación de la Comunidad Europea de la Energía en algunos de los países del Este, que sí plantea la extrapolación material del acervo comunitario.

A) *Planteamiento general.*

La vocación exterior de la UE está presente desde su primera hora de formación. Nace de una respuesta al cambio en el orden internacional, en el que la pérdida de la centralidad europea tras los acontecimientos de la II Gran Guerra es un hecho inequívoco, que obliga a los Estados europeos, vencedores y perdedores, a la reunificación, o cuanto menos coordinación imaginativa de políticas y estrategias, como había certeramente anticipado W. Churchill en su discurso de Zúrich de 1947.

En el ámbito energético si bien el primer Tratado de la Comunidad, el del Carbón y el Acero (TCECA), regula la relación interior de las producciones centroeuropeas de tales energías primarias, el Tratado Euratom nace en buena medida en razón de una “realidad exterior” que impone un ejercicio de cooperación internacional de la materia y obliga a disponer a la Comunidad de un observatorio permanente sobre la evolución de la energía atómica para fines civiles y pacíficos que se sustancian en la producción a gran escala de energía eléctrica. Y el Tratado CEE, del que hemos reiterado que careció de un específico

naturaleza y tienen efectos idénticos” (Vid., entre otras, Sentencia del TJCE de 17 de marzo de 1993, Firma Sloman Neptun Schiffahts AG y Seebetriebrat Bodo Biesemer, de la Sloman Schiffahrts, AG, Asunto C-72 y C-73/91; Sentencia del TJCE de 30 de enero de 1985, “Comisión c. Francia”, Asunto 248/84; Sentencia del TJCE de 9 de diciembre de 1997 “Tiercé Ladbroke c. Comisión”, Asunto C 353/95; Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 1999 “Francia c. Comisión”, Asunto C 251/97; o muy recientemente, Sentencia del TJCE de 13 de marzo de 2001, Asunto 3-79/98, “Preussen Elektra”).

capítulo energético, no obviando, sin embargo, la necesaria edificación de una política comercial común.

La capacidad normativa de las instituciones europeas se puso especialmente de relieve a finales de los ochenta con el formidable despliegue normativo del mercado interior que sentó las bases de reforma de las legislaciones nacionales en mercados claves como el energético, tratando de minimizar o superar – vía armonización normativa- disparidades legislativas, administrativas o reglamentarias. El acrecentamiento del acervo europeo tomaba carta de naturaleza y provocaba paulatinamente, a través de la consolidación del derecho derivado, el avance armonizado en las regulaciones sectoriales conforme al método funcionalista que inspira el conjunto del proceso comunitario.

Así pues, nos encontramos , con varios fenómenos concurrentes en el orden jurídico-energético, que sumados a la propia realidad de los mercados externos a la Comunidad Europea y al propio análisis de la situación energética de dentro y fuera de la Comunidad, propician mecanismos de cooperación energética europea de distinto alcance, que pueden agruparse en dos grandes bloques: los asociados al mercado interior energético, y los relacionados con la extensión de los principios, estrategias o medidas de una política energética, en el área de influencia , vecindad o interés estratégico de la Unión. Clasificación esta , de carácter meramente indiciario y enunciativo que proclama los rasgos esenciales del problema, sin ánimo de agotarlo, ya que como se verá posteriormente mercado interior y política energética se entremezclan y combinan en los textos relativos a cooperación internacional energética de forma recurrente.

Desde la perspectiva del mercado interior y con la voluntad directa o implícita de extender el acervo comunitario se han adoptado sucesivos acuerdos en espacios regionales concretos en la proximidad geográfica de las fronteras de la UE que, en la mayoría de los casos han servido también como elemento preparatorio o puente previo a los procesos de solicitud de adhesión formal a la UE o en el marco de la misma. Así por ejemplo encontramos el Acuerdo del Espacio Económico Europeo, ya citado en este trabajo, que permitió la traslación directa del acervo y la identificación de los países signatarios del mismo con los objetivos y contenidos normativos del mercado interior. Pero, al mismo tiempo, transcurridos pocos años de la firma del mismo, la mayor parte de sus miembros se

incorporaron de pleno derecho a los Tratados e instituciones europeas. En este caso, no se trataba de un Acuerdo específicamente energético sino de alcance general, pero que incorporaba, naturalmente, toda la legislación secundaria energética inserta en el proceso de creación del mercado interior de la energía.

Sin embargo lo anterior, los restantes Acuerdos a que nos referiremos si se concentran exclusivamente en abordar el dossier energético. Tales son los casos de la denominada Comunidad Europea de la Energía, de la titulada “Iniciativa de Baku”, y, el mecanismo más relevante, a nuestro juicio, sobre cuyo contenido nos detendremos más pormenorizadamente, la Carta Europea de la Energía. Comprendemos preliminarmente bajo esta última denominación al conjunto del “proceso” de la Carta, es decir, el Tratado, los Protocolos, el “Roadmap”, y las iniciativas conexas adoptadas por terceros cuyo único objetivo es incidir o plantear modificaciones de diverso alcance sobre la referida Carta de la Energía. Por consiguiente, aludimos en este último caso, al Dialogo UE-Rusia y al Draft Convention, pero analizados siempre, en torno, a su afectación al referido proceso.

B) La Comunidad Europea de la Energía como mecanismo de cooperación energética en el marco de la política europea de vecindad, y su interrelación con el acervo comunitario.

La Comunidad Europea de la Energía, es un resultado del proceso de Atenas y los memorándums de 2002 y 2003, así como de los Consejos europeos de Salónica de 2003, que aprobó un programa para los Balcanes Occidentales con el fin de “avanzar en la integración económica” y de Copenhague de 2002, que sirvió como mecanismo de evaluación de candidatos potenciales a la UE, subrayando la determinación de apostar por esfuerzos de acercamiento a la Unión, en los casos de Bosnia, Serbia y Montenegro. Asimismo el Acuerdo se inscribe en el marco del denominado proceso de Asociación Euro mediterránea, y la Política Europea de Vecindad, orientado en este caso a los países del sudeste europeo.

El objetivo del Tratado de la Comunidad Europea de la Energía como subraya el preámbulo del texto es “establecer entre las Partes un mercado integrado de gas natural y electricidad,” con base en el interés común y la solidaridad. Igualmente se subraya en esta

parte declarativa del texto que es propósito del Acuerdo “crear un marco regulador y comercial estable” capaz de atraer la inversión en las redes de gas, la energía de redes de generación y transmisión...”de modo que todas las Partes tengan acceso al gas estable y contigua y el suministro de electricidad, fundamental para el desarrollo económico y la estabilidad social.

En el mismo sentido apuntado anteriormente, el Tratado da un paso más, en el orden institucional y afirma que su propósito normativo contempla “crear un espacio regulador único para el comercio de gas y electricidad”.

C) El Tratado de la Carta de la Energía.

El instrumento jurídico de cooperación internacional más relevante en el campo de la energía es, indiscutiblemente, la Carta Europea de la Energía. Con la perspectiva del tiempo transcurrido, debemos hoy valorar como extraordinariamente precursora y audaz la propuesta Lubbers, que permitió que el Consejo acogiera la propuesta de la Comisión, a su iniciativa del primer ministro holandés, a fin de preparar una Carta Europea de la Energía que reforzara la dimensión exterior de la Comunidad Europea en este tema, abriendo así valiente e imaginativamente un diálogo político de base normativa con los países del centro y este de Europa y con una Unión Soviética, en pleno proceso de descomposición política y económica, pero con gran fortaleza en recursos energéticos. Máxime, al advertir en las dos últimas décadas, en qué medida la dimensión exterior de la UE, y la propia de la energía se ha ido naturalmente potenciando, como consecuencia de la tendencia hacia la globalización de los mercados.²³⁶

La Carta posteriormente adoptada como Tratado y, más tarde completada con un Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales, y en el momento actual, en fase de avanzada negociación de un importante Protocolo sobre Tránsito, es un instrumento jurídico y un proceso político de reflexión, propuesta y negociación energética, abierto a más de ochenta Estados, más de cincuenta directamente, y más de treinta desde el

²³⁶ En esta línea el pertinente análisis de Lidia Moreno Blesa, “Las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia energética: especial referencia a la Carta Europea de la Energía”, Noticias de la Unión Europea, n 234, 2004.

estatuto de observadores. Además, en su seno, acoge, con el referido estatuto de observadores a una docena de organizaciones internacionales. La Comisión Europea, es parte contratante del Acuerdo, y miembro fundacional, y buena parte de los documentos jurídicos que soportan este instrumento internacional expresan un equilibrio de sistemas jurídicos a caballo entre el acervo comunitario y los principios emanados de la doctrina internacional de los Tratados, y el moderno derecho medioambiental.

Si bien, el papel de la Federación Rusa está vinculado estrechamente al sentido y origen de la Carta y documentos ulteriores, tal Estado nunca ratificó el Tratado, ni su protocolo, aunque sí suscribió su “aplicación provisional”, de la que emanan los efectos jurídicos subsiguientes, tal como se explica posteriormente. Aún así el diálogo jurídico-energético entre la UE y la Federación Rusa debe ser interpretado²³⁷, ²³⁸ también, en la conexión de ambos Estados con los principios de inspiración, objetivos, marco político y realidad geopolítica y neoeconómica que se deduce del citado instrumento.

Por otra parte, es preciso recordar nuevamente, que al tiempo de proclamarse la Carta de la Energía se sostenía un difícil debate en el seno de la Comunidad Europea sobre la necesidad de integrar en el Tratado de la Unión, un capítulo propio sobre política energética común, que no fue adaptado formalmente hasta la aprobación del Tratado de Lisboa. Política cohesionada en sus elementos materiales de realización de manera central, con la realización del mercado interior de la energía, pero vinculada también a otras políticas de la UE, por mor de la interdependencia energética²³⁹ y, especialmente, con la política medioambiental y la política exterior común, inescindible del Tratado de la Carta de la Energía, su contenido, evolución y nuevo “roadmap” o proceso de la Carta.²⁴⁰

²³⁷ Ver Agreement of Partnership and Cooperation establishing a partnership between the European Communities and their Member States, of the one part, and the Russian Federation, of the other part, dated June 24, 1994, que entró en vigor en 1997.

²³⁸ El Diálogo entre la UE y la Federación rusa en materia energética fue aprobado en el año 2000.

²³⁹ Ver The energy charter treaty as a means of developing national industry and commerce in the exploitation of petroleum resources, by Tina Hunter.

²⁴⁰ El 24 de noviembre de 2010 la Conferencia de la Carta de la Energía adoptó el “Road Map for the modernization of the Energy Charter Process”, como un documento de carácter estratégico.

No podemos olvidar, finalmente, el hecho novedoso en aquellas circunstancias, de plantar también un marco de administración institucional propio, una suerte de nueva “gobernanza energética para la cooperación internacional”, a través de las misiones y funciones atribuidas a la Secretaría general de la Carta, y que está llamada a nuevos análisis y mecanismos de profundización en sus competencias y ajuste orgánico.

D) Antecedentes, principios y objetivos.

La Carta de la Energía nace a comienzos de la década de los noventa²⁴¹ del anterior siglo, con el objetivo de ampliar los mecanismos de cooperación energética ente los países de la Comunidad Económica Europea y los de la antigua Unión Soviética²⁴². Pero al mismo tiempo, teniendo en cuenta las características, objetivos y los principios sobre los que reposa la Carta, su alcance se extiende también geográficamente a otros países, fundamentalmente en la órbita de los acuerdos internacionales, y particularmente de los miembros de la OCDE²⁴³.

²⁴¹ En la reunión del Consejo Europeo en Dublín en junio de 1990, el Primer Ministro de los Países Bajos sugirió que la recuperación económica de Europa del Este y en la, por entonces, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, podía catalizarse y acelerarse a través de la cooperación en el sector energético. Esta sugerencia fue acogida por el Consejo, que invitó a la Comisión de las Comunidades Europeas a estudiar la mejor manera de establecer esta cooperación. En febrero de 1991, la Comisión propuso la idea de una Carta Europea de la Energía. Tras la discusión de la propuesta de la Comisión en el Consejo de las Comunidades Europeas, las Comunidades Europeas invitaron a los demás países de Europa Occidental y del Este, de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y a los miembros no europeos de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos a asistir a una conferencia en Bruselas en julio de 1991 con objeto de iniciar negociaciones acerca de la Carta Europea de la Energía. A la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía fueron también invitados en calidad de observadores otros países y organizaciones internacionales. Las negociaciones sobre la Carta Europea de la Energía finalizaron en 1991, y la Carta fue adoptada mediante la firma de un Documento Final en una conferencia celebrada en La Haya los días 16 y 17 de diciembre de 1991. Los signatarios de la Carta fueron, entonces o después, todos los enumerados en la parte I, salvo los observadores.

Se informó el Tratado de la Carta en Lisboa por 49 países el 17 de diciembre de 1994, entrando en vigor el 16 de abril de 1998 tanto el Tratado como el Protocolo sobre la eficacia energética y aspectos medioambientales, 90 días después de que fuera depositado el trigésimo instrumento de ratificación por parte de Chipre.

²⁴² Ver “Carta de París para la nueva Europa” firmada el 21 de noviembre de 1990.

²⁴³ La última sesión plenaria de la Conferencia sobre la Carta Europea de la Energía tuvo lugar en Lisboa los días 16 y 17 de diciembre de 1994. Participaron en la Conferencia representantes de la República de Albania, la República Federal de Alemania, la República de Armenia, Australia, la República de Austria, la República Azerbaiyana, el Reino de Bélgica, la República de Bielorrusia, la República de Bulgaria, Canadá, la República de Chipre, las Comunidades Europeas, la República de Croacia, el Reino de Dinamarca, la República de Eslovaquia, la República de Eslovenia, el Reino de España, los Estados Unidos de América, la República de Estonia, la Federación Rusa, la República de Finlandia, la República Francesa, la República de

No cabe olvidar, al reseñar las razones de su creación, los sostenidos pero infructuosos esfuerzos llevados a cabo en el ámbito de la Europa comunitaria con el fin de adoptar una auténtica política energética común. Fracasados todos los ensayos anteriores a la puesta en marcha de la iniciativa de la Carta, cabría también afirmar que este instrumento internacional persigue la creación, entre otros objetivos, de un espacio europeo de la energía, de una suerte de política energética metaeuropea, si bien los autores de la Carta se apresuran a señalar que no es su intención establecer tal tipo de previsiones políticas. Lo cierto, sin embargo, es que la Comunidad Europea inspira la creación de este Acuerdo. Lo propone en su Consejo de Ministros²⁴⁴. Redacta el texto que luego se somete a debate, análisis y aprobación por los demás signatarios.²⁴⁵ E incluye entre sus principios algunos que parecen directamente importados de los textos comunitarios, sea de su Derecho originario, o derivado. Los principios de libre circulación y libre tránsito, el de seguridad del suministro, el de competencia²⁴⁶ y acceso –aunque con un alcance en ambos casos mucho más restrictivo que en los textos comunitarios- y el de protección medioambiental, disponen de una clara inspiración comunitaria²⁴⁷.

Georgia, la República Helénica, la República de Hungría, Irlanda, la República de Islandia, la República Italiana, Japón, la República de Kazajstán, la República de Kirguizistán, la República de Letonia, el Principado de Liechtenstein, la República de Lituania, el Gran Ducado de Luxemburgo, la República de Malta, la República de Moldavia, el Reino de Noruega, el Reino de los Países Bajos, la República de Polonia, la República Portuguesa, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, Rumania, el Reino de Suecia, la Confederación Suiza, la República de Tayikistán, Turkmenistán, la República de Turquía, Ucrania y la República de Uzbekistán (en adelante denominados los representantes), así como observadores invitados de algunos países y organizaciones internacionales.

²⁴⁴ El Consejo Europeo celebrado en Dublín en 1990 propone esta iniciativa internacional. La Carta de la Energía se firma en diciembre de 1991 y el Tratado de la Carta, por 49 Estados, en diciembre de 2004, ratificándose en 1998, al suscribirse el trigésimo instrumento de ratificación.

²⁴⁵ COM (91) 36 final, Una Carta Europea de la Energía, Bruselas 20 de febrero de 1991.

²⁴⁶ Artículo 6 – Competencia

1) Las Partes Contratantes se esforzarán por disminuir las distorsiones del mercado y los obstáculos a la competencia en Actividades Económicas en el Sector de la Energía.

2) Las Partes Contratantes garantizarán que dentro de su jurisdicción exista y se aplique la legislación necesaria y adecuada para hacer frente a toda conducta anticompetitiva unilateral y concertada en Actividades Económicas en el Sector de la Energía.

²⁴⁷ También la forma en que se expresa su estructura y la redacción de muchas de sus partes. Así, cuando se dice en el Preámbulo: “*decididos a eliminar gradualmente los obstáculos técnicos, administrativos...*”.

Designado pues con el propósito de crear un marco legal regulador de las relaciones energéticas internacionales en los ámbitos antes descritos²⁴⁸, el Tratado persigue también profundizar las relaciones industriales y tecnológicas y asegurar la seguridad de los aprovisionamientos entre los países relacionados.

El subyacente del Acuerdo es la búsqueda de un adecuado “trade-off” entre las infraestructuras y recursos energéticos propios de unos países (los antiguos Estados de la Unión Soviética), y las capacidades tecnológicas y de asistencia técnica, regulatoria y financiera –además del apoyo político correspondiente a un contexto de estabilidad política y prosperidad económica- de los países de la Unión Europea²⁴⁹. Una suerte de “swap” entre seguridad de los aprovisionamientos y capacidad tecnológica que precisa, como es obvio, de respeto al orden jurídico internacional, la protección de los inversores y el acceso a los capitales, y un encuadramiento institucional adecuado, sin olvidar su contribución a un marco de mayor estabilidad en Oriente Medio, tras los acontecimientos de la primera invasión de Kuwait²⁵⁰

El Tratado de la Carta de la Energía consta de un Preámbulo, 8 Partes o Capítulos, 14 Anexos y 5 Decisiones. La Parte I regula sus definiciones y el objetivo del Tratado. En cuanto a las definiciones subrayaremos:

a) Parte Contratante: Que será un Estado u Organización regional de integración económica –en concreto se cita tácitamente a la Comunidad Económica Europea, aunque lo hace inequívocamente en la definición de “*Organización Regional de Integración*

²⁴⁸ El Preámbulo del Tratado de la Carta señala que el concepto básico de la iniciativa de la Carta consiste en catalizar el crecimiento económico mediante medidas de liberalización de la inversión y el comercio de la energía.

²⁴⁹ Artículo 2 – Objetivo del Tratado

El presente Tratado establece un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos, con arreglo a los objetivos y principios expresados en la Carta.

²⁵⁰ Doré Julia, “Negotiating the Energy Charter Treaty”, en Walde,, T.W: The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment&trade, Kluwer, London,1996.

Económica”, al señalar que es “*la constituida por Estados a los que éstos han transferido competencias en determinados ámbitos*”- que han acordado vincularse mediante el Tratado; b) Actividades económicas en el sector de la energía, que cubre la práctica totalidad de la cadena de valor y actividades sectoriales; o c) Inversión, cuyo alcance también es muy amplio tanto en activos muebles o inmuebles, sociedades, créditos pecuniarios y derechos contractuales.

El artículo 2 describe muy sucintamente el objetivo del Tratado como “*marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía*”. Por consiguiente, quizás el elemento más notable es la preocupación por la permanencia y estabilidad de la cooperación que dote de seguridad jurídica y económica suficiente a los acuerdos e inversiones que tengan lugar en su ámbito. La Parte II regula el Comercio (con sus correlaciones con el GATT) y el principio de libertad de tránsito, “sin distinciones en cuanto al origen, destino o propiedad de dichas materias y productos energéticos”, y junto a ello, como examinaremos más adelante, se establecen mecanismos de cooperación en áreas concretas vinculadas al desarrollo de las infraestructuras energéticas, y se regulan las modalidades en que dicho tránsito puede darse y la forma de resolver los procedimientos litigiosos a que dieran, eventualmente, lugar; junto al “Comercio” y el “Tránsito”, esta Parte II recoge dos preceptos importantes, sobre todo, desde la perspectiva de los intereses, al menos en aquellos años, de los países de la antigua Unión Soviética, como “la transferencia de tecnología” y el “acceso al capital”. En el primer apartado se establece el principio de fomento al acceso a las tecnologías energéticas y la transferencia de las mismas “según criterios comerciales y no discriminatorios”; en el segundo caso, se reconoce en particular la importancia de la apertura de los mercados de capitales, “en especial para las economías en transición”, en clara alusión a los países del Centro y Este de Europa. La Parte III, relativa a la Promoción y Protección de los Inversores, se aborda con detalle en uno de los puntos de este trabajo, así como las partes V, VI, VII y VIII. La IV titulada “Disposiciones diversas”, recoge no pocas de importancia sobre “Soberanía de los recursos energéticos” (art. 18); “Aspectos medioambientales” (art. 19); Transparencia (art. 20) o “Entidades Estatales y Privilegiadas”²⁵¹ (art. 22). Brevemente significa, en este último apartado, que es a mi juicio

²⁵¹ Artículo 22 – Entidades Estatales y privilegiadas

1) Las Partes Contratantes garantizarán que toda empresa estatal que creen o mantengan llevará a cabo sus actividades, en relación con la venta o suministro de bienes y servicios en sus territorios respectivos, de forma que se ajuste a las obligaciones de la Parte Contratante en virtud de la Parte III del presente Tratado.

interesante la redacción del artículo destinado a regular los aspectos medioambientales²⁵², en línea con lo ya adelantado en el año 1991 por la propia Carta, y también con los

2) Ninguna Parte Contratante alentará a sus empresas estatales a que lleven a cabo sus actividades en el territorio de dicha Parte de forma contraria a las obligaciones de la Parte Contratante en virtud de lo dispuesto en este Tratado, ni les exigirá que lo hagan.

3) Las Partes Contratantes se comprometen a garantizar que, en caso de que creen o mantengan una entidad estatal a la que confieran poderes de tipo regulador, administrativo o de otro tipo, ésta ejercerá esa autoridad de forma que se ajuste a las obligaciones de las Partes Contratantes en virtud del presente Tratado.

4) Ninguna Parte Contratante alentará o exigirá a cualquier entidad a la que conceda privilegios exclusivos o especiales a llevar a cabo sus actividades en el territorio de ésta de forma que contravenga las obligaciones de la Parte Contratante en virtud del presente Tratado.

5) A efectos del presente artículo, por "entidad" se entiende cualquier empresa, organismo o cualquier otra organización o individuo.

²⁵² Artículo 19 – Aspectos medioambientales

1) Con vistas a un desarrollo sostenible y teniendo en cuenta las obligaciones derivadas de los acuerdos internacionales sobre medio ambiente de los que son Parte, las Partes Contratantes harán cuanto esté en su mano para minimizar, de forma eficaz desde el punto de vista económico, los efectos perniciosos sobre el medio ambiente que se den tanto dentro como fuera de su territorio, como consecuencia de cualesquiera actividades relacionadas con el ciclo de la energía en su territorio, teniendo debidamente en cuenta la seguridad. Las Partes Contratantes procurarán que su actuación sea rentable. En la formulación de sus políticas y en sus actuaciones concretas, las Partes Contratantes pondrán todo su empeño en adoptar medidas precautorias para evitar o reducir al mínimo el deterioro del medio ambiente. Las Partes Contratantes acuerdan, asimismo, que el que contamine en los territorios de las Partes Contratantes debe pagar, en principio, el coste de la contaminación, incluida la contaminación transfronteriza, teniendo en cuenta el interés público y sin distorsionar la inversión en el ciclo de la energía ni el comercio internacional. Por lo tanto, las Partes Contratantes:

- a) tendrán en cuenta las consideraciones medioambientales cuando formulen y apliquen sus políticas energéticas;
- b) fomentarán la formación de precios según criterios de mercado y propiciarán una reflexión más a fondo respecto a los costes y beneficios medioambientales a lo largo de todo el ciclo de la energía;
- c) teniendo en cuenta el apartado 4) del artículo 34, fomentarán la cooperación para alcanzar los objetivos medioambientales de la Carta, así como la cooperación en el campo de las normas internacionales de medio ambiente relativas al ciclo de la energía, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias de las Partes Contratantes en cuanto a los efectos negativos y reducción de los costes;
- d) pondrán especial empeño en aumentar el rendimiento energético, desarrollar y utilizar fuentes de energía renovables, fomentar el uso de combustibles menos contaminantes y aplicar tecnologías y medios tecnológicos para reducir la contaminación;
- e) fomentarán la recogida y difusión entre todas las Partes Contratantes de información relativa a políticas energéticas seguras para el medio ambiente y eficaces desde el punto de vista económico, y de prácticas y tecnologías rentables;
- f) promoverán la sensibilización del público acerca de las repercusiones sobre el medio ambiente de los sistemas energéticos, acerca de las posibilidades de evitar o reducir sus efectos negativos sobre el medio ambiente, y acerca de los costes de las diversas medidas de prevención o reducción;

Acuerdos y textos internacionales más relevantes sobre esta materia, y la normativa de la Unión Europea²⁵³. Entre otros aspectos importantes se vincula la defensa y protección del

g) promoverán y cooperarán en la investigación, desarrollo y aplicación de tecnologías, prácticas y procesos energéticamente eficaces y seguros para el medio ambiente, que minimizarán las repercusiones negativas para el medio ambiente de todos los aspectos del ciclo de la energía, de manera eficaz desde el punto de vista económico;

h) fomentarán condiciones favorables para la transferencia y divulgación de tecnologías, asegurando, al mismo tiempo, una protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual;

i) fomentarán la evaluación transparente, en una primera fase y previa a la decisión, y el ulterior control, de las repercusiones medioambientales de los proyectos de inversión en el sector de la energía que puedan afectar al medio ambiente;

j) fomentarán la sensibilización internacional y el intercambio de información sobre los programas y normas medioambientales pertinentes de las Partes Contratantes y sobre la aplicación de tales programas y normas;

k) participarán, si así se les solicita, y dentro de sus posibilidades, en el desarrollo y aplicación de programas medioambientales en las Partes Contratantes.

2) A petición de una o más Partes Contratantes, las controversias relativas a la aplicación o interpretación de las disposiciones del presente artículo serán examinadas por la Conferencia sobre la Carta con el fin de hallar una solución, siempre que no existan procedimientos para tratar tales controversias en otros foros internacionales.

3) A efectos del presente artículo, se entiende por:

a) "ciclo energético": la totalidad de la cadena energética, con inclusión de las actividades relacionadas con la prospección, exploración, producción, conversión, almacenamiento, transporte, distribución y consumo de las distintas formas de energía, así como el tratamiento y la eliminación de residuos, y el desmantelamiento, interrupción y finalización de estas actividades, minimizando las repercusiones medioambientales adversas;

b) "repercusiones medioambientales": los efectos provocados por una actividad determinada sobre el medio ambiente, con inclusión de la salud y la seguridad humanas, la flora, la fauna, el suelo, el aire, el agua, el clima, el paisaje y los monumentos históricos u otras estructuras físicas, o las interacciones entre estos factores; también se incluyen los efectos sobre el patrimonio cultural o las condiciones socioeconómicas derivadas de la alteración de los mencionados factores;

c) "mejorar la eficiencia energética": producir la misma cantidad de bienes o prestar los mismos servicios sin reducir la calidad o el rendimiento y disminuyendo la cantidad de energía necesaria para ello;

d) "medidas económicas": las que permiten alcanzar un objetivo definido con el mínimo coste, o alcanzar las máximas ventajas a un coste dado.

²⁵³ Los principales tratados sobre medio ambiente firmados desde la Conferencia de Estocolmo celebrada en 1971 incluyen: la Convención sobre el Comercio Internacional en Especies amenazadas de Fauna y Flora (1973), la Convención para la Prevención de la Contaminación del Mar desde estaciones situadas en tierra (1974), la Convención sobre la Contaminación Transfronteriza a Larga Distancia (1979), la Convención para la Protección del Nivel de Ozono (1985), la Convención para el Control de los Desplazamientos Transfronterizos de Residuos Peligrosos y su eliminación (1989) y las Convenciones Marco sobre Cambio Climático y Convención sobre Diversidad Biológica producto de la Conferencia de Río de Janeiro en 1992.

medio ambiente a las medidas de ahorro y eficiencia energética, se consagra el principio de “quien contamina paga, y el de prevención, y se promueve la internalización de los costes ambientales.

En España, el Tratado de la Carta de la Energía y el Tratado del Protocolo sobre Eficacia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados se ratificaron en las Cortes Generales Españolas, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 94.1 de la Constitución sobre prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de Tratados o Convenios, el 27 de febrero de 1998²⁵⁴.

El objeto inicial del primer documento material de la Carta de 1991, que a estos efectos ha permanecido invariable, es establecer un marco legal para fomentar mecanismos de cooperación a largo plazo en el campo de la energía, basado en la consecución de complementariedades y beneficios mutuos para las partes contratantes. La Carta de la Energía se aplica a las materias y productos energéticos²⁵⁵ incluidos en el Anexo del

²⁵⁴ Ver, asimismo, sobre el particular el trabajo de C. Waeterloos: *Une Charté européenne de l'énergie: pour quoi faire?*. Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne, n° 348, 1991. Y también V. López-Ibor Mayor: *La Carta Europea de la Energía*. Noticias CEE n° 93, 1992. Y José María Gimeno: *Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria*, en Noticias de la Unión Europea n° 148, 1997, y su trabajo *La política energética comunitaria. El Tratado de la Carta de la Energía*, abril de 2002.

²⁵⁵ — Las Comunidades Europeas y Ucrania declaran que, en virtud del Acuerdo de Asociación y Cooperación firmado en Luxemburgo el 14 de junio de 1994 y del Acuerdo interino correspondiente, rubricado en la misma fecha y lugar, el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones de un acuerdo específico que debe celebrarse entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y Ucrania.

Hasta la entrada en vigor de este acuerdo específico, el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Comercial y Económica, celebrado entre la Comunidad Económica Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Bruselas el 18 de diciembre de 1989.

— Las Comunidades Europeas y Kazajstán declaran que, en virtud del Acuerdo de Asociación y Cooperación rubricado en Bruselas el 20 de mayo de 1994, el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones de un acuerdo específico que debe celebrarse entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y Kazajstán.

Hasta la entrada en vigor de este acuerdo específico, el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Comercial y Económica, celebrado entre la Comunidad Económica Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Bruselas el 18 de diciembre de 1989.

— Las Comunidades Europeas y Kirguizistán declaran que, en virtud del Acuerdo de Asociación y Cooperación rubricado en Bruselas el 31 de mayo de 1994, el comercio entre ellos de material nuclear se

Tratado, entre los cuales se encuentra expresamente la energía nuclear, carbón, gas natural, petróleo y productos petrolíferos, energía eléctrica y otras fuentes de energía. Cuando en la Carta se hace referencia a una actividad económica del sector de la energía, se refiere a una actividad económica dedicada a la explotación, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de las materias y productos energéticos antes relacionados.

Con la Carta de la Energía se pretende dar respuesta a los intereses y necesidades de todas las partes, exportadores y productores, e importadores y consumidores de los productos energéticos. Por ello, se dispone (art. 3 del Tratado) que las partes contratantes *“harán todo lo posible para facilitar el acceso a los mercados internacionales en las condiciones normales de comercio y, en general, para conseguir un mercado abierto y competitivo de materias y productos energéticos”*, todo ello, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del GATT para aquellas partes contratantes que son miembros de ese Convenio.

También con relación al intercambio internacional, se regula en el artículo 7 del Tratado el derecho de tránsito, estableciéndose que las partes contratantes tomarán las medidas necesarias para facilitar el tránsito de materias y productos energéticos con arreglo al principio de libre tránsito y sin establecer distinciones en cuanto al origen, destino o propiedad de dichas materias y productos energéticos, ni discriminaciones en cuanto a

regirá exclusivamente por las disposiciones de un acuerdo específico que debe celebrarse entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y Kirguizistán.

Hasta la entrada en vigor de este acuerdo específico, el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Comercial y Económica, celebrado entre la Comunidad Económica Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Bruselas el 18 de diciembre de 1989.

— Las Comunidades Europeas y Tayikistán declaran que el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones de un acuerdo específico que debe celebrarse entre la Comunidad Europea de la Energía Atómica y Tayikistán.

Hasta la entrada en vigor de este acuerdo específico, el comercio entre ellos de material nuclear se regirá exclusivamente por las disposiciones del Acuerdo sobre Comercio y Cooperación Comercial y Económica, celebrado entre la Comunidad Económica Europea, la Comunidad Europea de la Energía Atómica y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Bruselas el 18 de diciembre de 1989.

precios basados en tales distinciones, y sin imponer demoras, restricciones o recargos injustificados.

Las Partes Contratantes fomentarán la cooperación de las Entidades correspondientes para:

- a) modernizar las infraestructuras de transporte de energía necesarias para el tránsito de materias y productos energéticos,
- b) desarrollar y explotar las infraestructuras de transporte de energía que se encuentren en el territorio de más de una parte contratante,
- c) adoptar medidas que disminuyan los efectos de la interrupción del suministro en materias y productos energéticos,
- d) facilitar la interconexión de infraestructuras de transporte de energía.

La Carta también prevé fomentar el acceso por parte de los países signatarios menos desarrollados a las tecnologías energéticas según criterios comerciales y no discriminatorios, dentro del respeto a la protección de los derechos de propiedad intelectual. La transferencia de tecnología y el acceso a las nuevas tecnologías constituye, como apuntábamos antes, uno de los aspectos más importantes de la Carta, ya que el adecuado desarrollo de las actividades energéticas (producción, exploración, explotación, etc.) necesita de unos conocimientos tecnológicos suficientes que hagan que esas mismas actividades resulten más eficientes, económicamente rentables y no lesivas al medio ambiente.

Asimismo, el acceso al capital para la financiación del comercio de materias y productos energéticos y las inversiones en actividades económicas en el sector de la energía constituye objeto de regulación en la Carta. En este sentido, se establece una serie de medidas destinadas a proteger las inversiones de Entidades tanto públicas como privadas en cualquiera de los Estados signatarios de la Carta, de modo que tales inversiones no estén a expensas de los cambios políticos, legislativos o de otro tipo.

La Carta no afecta a la soberanía estatal de las partes signatarias sobre los recursos energéticos. Los Estados se reservan, lógicamente, el derecho a designar las áreas o zonas donde se podrán establecer prospecciones, el régimen económico a aplicar, a regular los aspectos ambientales o la seguridad de las actividades económicas.

Se establece también en la Carta un mecanismo para la solución de controversias entre las partes signatarias previo al recurso a los Tribunales nacionales.

Con posterioridad se adoptó la Decisión comunitaria relativa a la conclusión del Tratado sobre la Carta y su Protocolo medioambiental²⁵⁶. En él se señalan como bases jurídicas fundamentales el artículo 95 del Tratado CECA, el 101 del Tratado EURATOM²⁵⁷ y los artículos 54.2²⁵⁸, 57.2²⁵⁹, 66, 73C²⁶⁰, 87²⁶¹, 99, 100A²⁶², 113²⁶³, 130S²⁶⁴ y 235 del Tratado de la Comunidad Económica Europea.

²⁵⁶ Decisión del Consejo y de la Comisión de 23 de septiembre de 1997, relativa a la conclusión, por parte de las Comunidades Europeas, del Tratado sobre la Carta de la Energía y el Protocolo de la Carta de la Energía sobre la eficacia energética y los aspectos medioambientales relacionados (98/181/CE/CECA, EURATOM).

²⁵⁷ EURATOM Art. 101: *“En el ámbito de su competencia, la Comunidad podrá obligarse, mediante la celebración de acuerdos o convenios con un tercer Estado, una organización internacional o un nacional de un tercer Estado. Dichos acuerdos o convenios serán negociados por la Comisión, siguiendo las directrices del Consejo; serán concluidos por la Comisión con la aprobación del Consejo, por mayoría cualificada. Sin embargo, los acuerdos o convenios cuya ejecución no exija la intervención del Consejo y pueda asegurarse dentro de los límites del presupuesto correspondiente, serán negociados y concluidos por la Comisión, que estará obligada a informar al Consejo.”*

²⁵⁸ El apartado 2 del artículo 54 se sustituirá por el siguiente: «2. A efectos de la ejecución del programa general o, a falta de dicho programa, para la realización de una de las etapas fijadas para alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Consejo decidirá, mediante directivas, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social.»

²⁵⁹ Artículo 57 2

Con el mismo fin, el Consejo adoptará, antes de la expiración del período transitorio, directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas. Será necesaria la unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, para aquellas directivas cuya ejecución en un Estado miembro al menos implique una modificación de los principios legales vigentes relativos al régimen de las profesiones en lo que se refiere a la formación y a las condiciones de acceso a las mismas de las personas físicas. En los demás casos, el Consejo decidirá con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B.

²⁶⁰ Artículo 73 C

1. Lo dispuesto en el artículo 73 B se entenderá sin perjuicio de la aplicación a terceros países de las restricciones que existan el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con el Derecho nacional o con el Derecho comunitario en materia de movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que

supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales.

2. Aunque procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre Estados miembros y terceros países en el mayor grado posible, y sin perjuicio de lo dispuesto en los demás Capítulos del presente Tratado, el Consejo podrá, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, adoptar medidas relativas a los movimientos de capitales, con destino a terceros países o procedentes de ellos, que supongan inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, el establecimiento, la prestación de servicios financieros o la admisión de valores en los mercados de capitales. Se exigirá unanimidad para adoptar medidas en virtud del presente apartado que supongan un retroceso respecto de la liberalización contemplada en la legislación comunitaria sobre movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos.

261 Artículo 99

El Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el plazo previsto en el artículo 7 A.

262 Artículo 100 A

Se sustituirá por el siguiente: 1. No obstante lo dispuesto en el artículo 100 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 7 A. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

263 Artículo 113

1. La política comercial común se basará en principios uniformes, particularmente por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales, la consecución de la uniformidad de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, y, entre ellas, las que deban adoptarse en caso de dumping y subvenciones.

2. Para la ejecución de la política comercial común, la Comisión presentará propuestas al Consejo.

3. En el caso de que deban negociarse acuerdos con uno o varios Estados u organizaciones internacionales, la Comisión presentará recomendaciones al Consejo, que la autorizará para iniciar las negociaciones necesarias. La Comisión llevará a cabo dichas negociaciones consultando a un Comité especial, designado por el Consejo para asistirle en dicha tarea y en el marco de las directrices que el Consejo pueda dirigirle. Serán aplicables las disposiciones pertinentes del artículo 228.

4. En el ejercicio de las atribuciones que le confiere el presente artículo, el Consejo decidirá por mayoría cualificada.

264 Artículo 130 S

1. El Consejo, con arreglo al procedimiento del artículo 189 C y previa consulta al Comité Económico y Social, decidirá las acciones que deba emprender la Comunidad para la realización de los objetivos fijados en el artículo 130 R.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, y sin perjuicio del artículo 100 A, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y

El Tratado recoge un conjunto de Considerandos que expresan la verdadera intención y proyección de este documento internacional energético. Así, se subraya su objetivo principal –antes destacado– en los siguientes términos: *“Considerando que los principios y objetivos del Tratado de la Carta de la Energía son decisivos para el futuro de Europa, pues permiten a los Estados miembros de la Comunidad de Estados Independientes y a los países de Europa central y oriental desarrollar su potencial energético, contribuyendo, al mismo tiempo, a mejorar la seguridad del suministro”*. Por consiguiente, la idea central de garantizar hacia la Unión Europea la seguridad de los abastecimientos energéticos teniendo en cuenta la capacidad de la reserva en materia de hidrocarburos de los antiguos Estados de la URSS en ese momento organizados políticamente a través de una Confederación, se hace patente. El contenido restante de esta Decisión tiene carácter netamente jurídico, y está orientada a habilitar la actuación de la Comunidad como representante exterior y firmante del documento.²⁶⁵

social, adoptará: - disposiciones esencialmente de carácter fiscal; - medidas de ordenación territorial y de utilización del suelo con excepción de la gestión de los residuos y las medidas de carácter general, así como medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos. - medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético. El Consejo, en las condiciones previstas en el primer párrafo, podrá definir las materias mencionadas en el presente apartado sobre las cuales las decisiones deban ser tomadas por mayoría cualificada.

3. En otros ámbitos, el Consejo adoptará, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189 B, y previa consulta al Comité Económico y Social programas de acción de carácter general que fijen los objetivos prioritarios que hayan de alcanzarse.

El Consejo adoptará, en las condiciones previstas en el apartado 1 o en el apartado 2, según el caso, las medidas necesarias para la ejecución de dichos programas.

4. Sin perjuicio de determinadas medidas de carácter comunitario, los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente.

5. Sin perjuicio del principio de quien contamina paga, cuando una medida adoptada con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 implique costes que se consideren desproporcionados para las autoridades públicas de un Estado miembro, el Consejo establecerá, en el propio acto de adopción de dicha medida, las disposiciones adecuadas en forma de:

- excepciones de carácter temporal;

- apoyo financiero con cargo al Fondo de Cohesión que será creado a más tardar el 31 de diciembre de 1993 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 D, o ambas posibilidades.

²⁶⁵ *“Considerando que, para garantizar la unidad de la representación exterior de las Comunidades, tanto en lo que se refiere al procedimiento de conclusión como al cumplimiento de los compromisos adquiridos por las Comunidades Europeas y los Estados miembros, procede determinar las modalidades de coordinación adecuadas; que, a dicho efecto, procede prever que la presente Decisión se deposite ante el Gobierno de la República Portuguesa al mismo tiempo que los instrumentos de ratificación de los diferentes*

El Instrumento de Ratificación del Tratado de la Carta y del Protocolo sobre eficiencia energética y medioambiental se adopta en España en 1998. Los Considerandos de este documento ordenan los capítulos más significativos de su contenido y justifican los elementos que lo inspiran, en materia de seguridad, eficiencia y precios energéticos, y en mecanismos reguladores de la participación privada y de la colaboración con el sector público.²⁶⁶

Estados miembros; que, por lo mismo, debe coordinarse la posición que deben adoptar las Comunidades Europeas y los Estados miembros con respecto a las decisiones que vaya a adoptar la Conferencia sobre la Carta de la Energía, creada por el Tratado sobre la Carta de la Energía, en los ámbitos derivados de sus competencias compartidas;

Considerando que la Conferencia sobre la Carta de la Energía dispone de un poder de decisión autónomo; que procede, en consecuencia, establecer los procedimientos adecuados para poder determinar la posición de las Comunidades Europeas dentro de la Conferencia sobre la Carta de la Energía”.

²⁶⁶ ... Así:

a) *Seguridad del abastecimiento.*

Conscientes de las mejoras en la seguridad del abastecimiento y de las importantes ventajas económicas y medioambientales que se derivan de la aplicación de medidas rentables de eficacia energética, y conscientes de su importancia para reestructurar las economías y mejorar el nivel de vida.

b) *Eficiencia energética.*

Reconociendo que las mejoras de la eficacia energética reducen las consecuencias medioambientales negativas del ciclo energético, con inclusión del calentamiento global y de la acidificación.

c) *Precios energéticos.*

Convencidas de que los precios de la energía deben reflejar en la medida de lo posible la competencia del mercado, mediante la determinación de precios basados en el mercado, con inclusión de un reflejo más completo de los costes y beneficios medioambientales, y reconociendo que dicha determinación de precios es vital para progresar en la eficacia energética y en la protección medioambiental relacionada.

d) *Participación del sector privado.*

Apreciando la función vital del sector privado, con inclusión de las pequeñas y medianas empresas, para fomentar y aplicar medidas de eficacia energética, y decididas a crear un marco institucional favorable para las inversiones económicamente viables en eficacia energética.

e) *Colaboración público-privada.*

Reconociendo que puede ser necesario complementar las formas comerciales de cooperación mediante la cooperación intergubernamental, especialmente en el ámbito de la formulación y del análisis de la política energética, así como en otros ámbitos fundamentales para el fomento de la eficacia energética pero no adecuados para la financiación privada.

En cuanto a su contenido material, sus puntos principales pueden sintetizarse en el sentido de que el Protocolo define principios generales para el fomento de la eficacia energética como fuente considerable de energía y para reducir en consecuencia las repercusiones medioambientales negativas de los sistemas energéticos. Asimismo, proporciona orientación sobre la elaboración de programas de eficacia energética, señala áreas de cooperación y proporciona un marco para el desarrollo de actividades coordinadas y de cooperación. Estas actividades pueden incluir la prospección, exploración, producción, transformación, almacenamiento, transporte, distribución y consumo de energía, en relación con cualquier sector económico. Sus objetivos son: a) El fomento de principios de eficacia energética compatibles con el desarrollo sostenible; b) La creación de condiciones marco que induzcan a los productores y consumidores a utilizar la energía de la forma más económica, eficaz y ecológica posible, especialmente mediante la organización de mercados eficaces de energía y un reflejo más completo de los costes y beneficios medioambientales; y c) El estímulo de la cooperación en el campo de la eficacia energética.

Un aspecto especialmente relevante, es el que corresponde a la financiación y en tal sentido, las Partes Contratantes fomentarán la aplicación de nuevas formas y métodos para financiar las inversiones de eficacia energética y de protección medioambiental en relación con la energía, tales como acuerdos de Empresas conjuntas entre usuarios de energía e inversores externos (denominados en lo sucesivo «financiación por terceros»). Asimismo, las Partes Contratantes procurarán utilizar y fomentar el acceso a los mercados de capitales privados y a las instituciones financieras internacionales existentes, a fin de facilitar las inversiones en mejora de la eficacia energética y en protección medioambiental en relación con la eficacia energética.

Por último, en lo relativo a este apartado, las Partes Contratantes, teniendo en cuenta las disposiciones del Tratado sobre la Carta de la Energía y sus demás obligaciones jurídicas internacionales, podrán otorgar incentivos fiscales o económicos a los usuarios de la energía a fin de facilitar la penetración en el mercado de las tecnologías, productos y servicios de eficacia energética. Procurarán hacerlo de forma que se garantice la transparencia, reduciendo al mínimo a la vez la distorsión de los mercados internacionales.

De acuerdo con lo dispuesto en el Tratado sobre la Carta de la Energía, las Partes Contratantes fomentarán los intercambios comerciales y la cooperación en el ámbito de las tecnologías eficaces desde el punto de vista energético y seguras para el medio ambiente, de los servicios relacionados con la energía y de las prácticas de gestión.

Las Partes Contratantes fomentarán el uso de estas tecnologías, servicios y prácticas de gestión a lo largo de todo el ciclo energético, a través de programas de actuación.²⁶⁷

El Protocolo incorpora como Anexo una lista ilustrativa y no exhaustiva de áreas posibles de cooperación.²⁶⁸

²⁶⁷ Estos programas podrán incluir actividades como las que se especifican a continuación:

- a. Elaboración de modelos de demanda y aprovisionamiento de energía a largo plazo para orientar las medidas futuras.
- b. Evaluación de las repercusiones de las medidas tomadas sobre la energía, el medio ambiente y la economía;
- c. Definición de normas destinadas a mejorar la eficacia de los equipos que usan energía, y medidas para armonizar estas normas internacionalmente a fin de evitar la distorsión del comercio;
- d. Desarrollo y fomento de la iniciativa privada y de la cooperación industrial, con inclusión de Empresas conjuntas;
- e. Fomento del uso de las tecnologías más eficaces energéticamente que sean viables desde el punto de vista económico y seguras para el medio ambiente;
- f. Promoción de enfoques innovadores de las inversiones en mejoras de la eficacia energética, como financiación por terceros y cofinanciación;
- g. Elaboración de balances energéticos y de bases de datos adecuados, por ejemplo con datos sobre demanda energética suficientemente detallados y sobre tecnologías para mejorar la eficacia energética;
- h. Promoción de la creación de servicios asesores y consultivos dependientes de industrias o Empresas distribuidoras, públicas o privadas, y que proporcionen información sobre programas y tecnologías de eficacia energética, y presten ayuda a los consumidores y a las compañías;
- i. Apoyo y fomento de la cogeneración y de medidas para mejorar la eficacia de la calefacción de barrio y de sistemas de distribución a edificios y a la industria;
- j. Creación de organismos especializados en eficacia energética a los niveles adecuados, que cuenten con fondos y personal suficientes para elaborar y aplicar sus líneas de actuación.

²⁶⁸

- Elaboración de programas de eficacia energética, con inclusión de la detección de obstáculos y potenciales relativos a la eficacia energética, y elaboración de normas de eficacia y etiquetado energéticos;
- Evaluación de las repercusiones medioambientales del ciclo energético;
- Elaboración de medidas económicas, legislativas y reglamentarias;

-
- Transferencia de tecnología, asistencia técnica y empresas conjuntas industriales sometidas a regímenes internacionales de derechos de propiedad y otros acuerdos internacionales aplicables;
 - Investigación y desarrollo;
 - Educación, formación, información y estadísticas;
 - Selección y evaluación de medidas, tales como instrumentos fiscales o de otro tipo basados en el mercado, con inclusión de permisos negociables para tener en cuenta los costes y beneficios externos, particularmente de tipo medioambiental.
 - Formulación de políticas y análisis de la energía:
 - Evaluación de las capacidades de eficacia energética;
 - Análisis y estadísticas de la demanda de energía;
 - Elaboración de medidas legislativas y reglamentarias;
 - Planificación integrada de recursos y gestión por parte de la demanda;
 - Evaluación de las repercusiones medioambientales, con inclusión de los grandes proyectos de energía.
 - Evaluación de instrumentos económicos para mejorar la eficacia energética y para objetivos medioambientales.
 - Análisis de la eficacia energética en el refinado, transformación, transporte y distribución de hidrocarburos.
 - Mejora de la eficacia energética en la producción y transmisión de electricidad:
 - Cogeneración.
 - Componentes de las instalaciones (calderas, turbinas, generadores, etc.).
 - Integración de las redes.
 - Mejora de la eficacia energética en el sector de la construcción:
 - Normas de aislamiento térmico, sistemas solares pasivos y ventilación;
 - Calefacción de espacios y sistemas de aire acondicionado;
 - Quemadores de alta eficacia y baja producción de NO_x;
 - Tecnologías de medición y mediciones concretas;
 - Aparatos domésticos e iluminación.
 - Servicios municipales y de comunidades locales:
 - Sistemas de calefacción de barrios;
 - Sistemas eficaces de distribución de gas;
 - Tecnologías de planificación de la energía;
 - Asociación de ciudades o de otras entidades territoriales correspondientes;
 - Gestión de la energía en ciudades y en edificios públicos;
 - Gestión de los residuos y recuperación energética de éstos.
 - Mejora de la eficacia energética en el sector industrial:
 - Empresas conjuntas;
 - Uso escalonado de la energía, cogeneración y recuperación de calor residual;
 - Auditorías energéticas.
 - Mejora de la eficacia energética en el sector de los transportes:
 - Normas de prestaciones de los vehículos de motor;
 - Creación de infraestructuras de transporte eficaz.
 - Información:
 - Concienciación;
 - Bases de datos: Acceso, especificaciones técnicas, sistemas de información;
 - Difusión, recogida y verificación de información técnica;
 - Estudios de comportamiento.
 - Formación y educación:
 - Intercambios de gestores, funcionarios, ingenieros y estudiantes relacionados con la energía;
 - Organización de cursos internacionales de formación.
 - Financiación:
 - Creación del marco legal;
 - Financiación por terceros;
 - Empresas conjuntas;
 - Cofinanciación.
 -

Ahora bien, la seguridad del aprovisionamiento energético de los países de la Unión Europea no pasa solamente por suscribir acuerdos que permitan el libre comercio de los recursos energéticos, sino también por posibilitar las inversiones necesarias que permitan la generación de dichos recursos en los países de prospección y extracción, así como el desarrollo de infraestructuras de transporte y transmisión de energía.

Las inversiones energéticas tienen un periodo de maduración largo y, por consiguiente, requieren seguridad jurídica y un marco regulatorio estable. Además, sólo la disponibilidad de fuentes de suministro diversificadas y de las infraestructuras adecuadas, permitirán a la Unión Europea ser competitiva económicamente.

Tal y como menciona en su Introducción (prefacio), los textos del Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados constituyen la base de una comunidad de la energía entre las regiones del mundo que estaban divididas por la situación política entonces existente y tienen como objetivo proporcionar mejores condiciones para la inversión y comercio en el sector energético.

En esta óptica, el siguiente trabajo aborda también un análisis sucinto de los diferentes tipos de técnicas y estructuras financieras utilizadas, así como las condiciones requeridas para la financiación de las inversiones en infraestructuras energéticas, y como las normas establecidas en el Tratado sobre la Carta de la Energía pueden facilitar, agilizar o asegurar dichas inversiones y por ende el aprovisionamiento energético.

E) Gobernanza de la Carta de la Energía.

El marco institucional básico que regula la Carta de la Energía, su Tratado, Protocolo y documentos anexos, son la Conferencia y la Secretaría General, en los términos que veremos, con detalle, a continuación.

En efecto, la parte VII del Tratado menciona la Estructura e Instituciones bajo las cuales se pretende hacer operativo lo dispuesto en su texto. Este capítulo está dedicado a

temas administrativos internos dentro de los cuales se destacan los que a continuación analizaremos.

En el artículo 34 se establece la Conferencia sobre la Carta de la Energía, la cual se define como una reunión periódica –denominada también “Conferencia sobre la Carta”- en la cual cada Parte Contratante participará por medio de un representante que para tal efecto designe.

La Conferencia de la Carta tiene como principales funciones las siguientes: (i) Desempeñar las funciones que le otorgue el Tratado, (ii) Revisará las principios y normas dispuestas en el Tratado con el fin de mantenerlas actualizadas en concordancia con la dinámica del sector, y facilitará la coordinación de medidas que permitan poner en práctica lo dispuesto en el texto del TCE a través de la adopción de los programas de trabajo a ser ejecutados por la Secretaría. (ii) Determinará el funcionamiento administrativo de la Secretaría, aprobando su normativa financiera y de procedimiento, sus presupuestos y la rendición de sus cuentas, también nombrará al Secretario General. (iii) Autorizará la negociación de protocolos, y, estudiará y aprobará cualquier enmienda al Tratado original o a sus Anexos, así como, la negociación de Declaraciones, y las futuras adhesiones al Tratado por parte de eventuales Partes Contratantes. (iv) Fomentará la cooperación tendente a ayudar en el desarrollo del sector de la energía en países de Europa Central y Oriental y en la Antiguas Repúblicas Socialistas Soviéticas.

— *Régimen de toma de decisiones.*

El artículo 36 establece las reglas básicas para las votaciones al interior de la Conferencia sobre la Carta partiendo de la base que “*las partes procurarán en la mayor medida alcanzar acuerdos por consenso en todos los temas que requieran su decisión*”. Como regla general se establece que “*ninguna de las decisiones contempladas en dicho artículo podrá ser válida a menos que cuente con el apoyo de la mayoría simple*”²⁶⁹ lo anterior con excepción de las decisiones relacionadas con temas presupuestarios – recordemos que está en una de las funciones de la Conferencia- las cuales se tomarán con

²⁶⁹ TCE Artículo 36 núm. 6)

base a mayorías cualificadas.²⁷⁰ Junto con dicha regla el numeral 4 del mismo artículo dispone que las decisiones que prevé el Tratado –salvo algunas excepciones²⁷¹– deberán ser adoptadas por una “*mayoría de tres cuartos de las partes contratantes que estén presentes y voten en la reunión*”. Ambas normas se complementan y hacen que la cantidad de Partes Contratantes a una Conferencia sobre la Carta determine la validez de sus decisiones.

Asimismo, la norma establece que las decisiones relativas a lo dispuesto en el artículo 34 numeral 7) –revisión de las funciones que le asigna el Tratado a la Conferencia– será contabilizada su votación por mayoría de tres cuartos de las Partes Contratantes.

En el caso de la contabilización de votos de las Organizaciones Regionales de Integración Económica, se tendrá un número igual al de los Estados miembros que formen parte de la misma, – y que lógicamente sean Partes Contratantes en el TCE– y solo en aquellas ocasiones en que los Estados miembros no ejerzan su derecho a voto.²⁷²

Por mayoría absoluta solo se toman las decisiones descritas en el numeral 1 del artículo 36 del TCE, las cuales por su importancia así lo requieren²⁷³.

El artículo 35 del TCE establece los principios de estructura de la Secretaría, la cual operará como apoyo para el desarrollo de las funciones de la Conferencia de la Carta. Dicha Secretaría estará compuesta por un Secretario General nombrado por la Conferencia de la Carta para un periodo máximo de 5 años.

²⁷⁰ TCE Artículo 36 núm. 2) De conformidad con lo establecido en este artículo las decisiones relacionadas con cuestiones presupuestales solo serán válidas si su votación es contabilizada a través del sistema de mayoría cualificada de conformidad con el Anexo B, y que pretende darle mayor peso a los votos provenientes de Partes Contratantes que contribuyen con mayor cantidad de fondos.

²⁷¹ TCE Las excepciones a la aplicación del artículo 36 núm. 4 son las contenidas en la letra e) del artículo 34.

²⁷² TCE Artículo 36 Núm 7 Este numeral pretende evitar que los votos de los países miembros de las Organizaciones Regionales de Integración Económicas sean contabilizados doblemente, como pudiera suceder cuando una de dichas organizaciones votare por determinada decisión, y diera como resultado el número de votos de los Estados que representa.

²⁷³ TCE Artículo 36 Núm 1 a, b, c, d, e, y f.

La función principal de la Secretaria es brindar apoyo a la Conferencia sobre la Carta, la cual podrá adjudicarle funciones directamente o mediante Protocolos.²⁷⁴ La Secretaria siempre rendirá cuentas ante la citada Conferencia.

— *Financiación.*

Los gastos generados por las actividades de la Secretaria así como aquellos originados por las reuniones de la Conferencia serán sufragados por un fondo presupuestal que se creará con ocasión de los aportes de cada una de las Partes Contratantes, según lo dispuesto en el artículo 37. La contribución de cada parte será ajustada según su capacidad de pago y fijada en el Anexo B. Dicha contribución podrá modificarse según en los términos del artículo 36 apartado 1 letra d).

Los gastos ocasionados por Protocolos, serán asumidos únicamente por cuenta de las Partes Contratantes que allí formen parte.

F) Protocolos y Declaraciones de la Carta de la Energía.

Como se mencionó anteriormente, una de las principales funciones de la Conferencia sobre la Carta es el de autorizar la negociación de algunos Protocolos o Declaraciones de la Carta de la Energía con el fin de dinamizar y complementar lo instaurado en su texto original.

Para tal efecto, el TCE dispone en su artículo 33 algunos principios y el procedimiento para la adopción de dichos Protocolos o Declaraciones, otorgándole en primer lugar competencia a la Conferencia sobre la Carta en estos temas.

Al respecto el TCE dispone que cualquier signatario podrá participar en la negociación de cualquier Protocolo o Declaración. En este punto es importante resaltar que la norma

²⁷⁴ TCE Artículo 35 Núm 4.

mencionada expresamente habilita tan sólo a quien ostente la calidad de signatario y Parte Contratante, para ser parte de cualquier Protocolo o Declaración.²⁷⁵

Los Protocolos tendrán fuerza vinculante única y exclusivamente para las Partes que los consientan de forma expresa²⁷⁶. Estos podrán imponer funciones a la Conferencia sobre la Carta y funciones a la Secretaria solo cuando éstas obligaciones provengan de una modificación de un Protocolo, es decir, no del texto original del TCE.²⁷⁷

Cuando un Protocolo imponga a la Conferencia sobre la Carta la obligación de tomar una decisión respecto a un tema específico, será posible establecer reglas para la votación distintas de las establecidas en el artículo 36 TCE.

Ya que a un Protocolo se pueden adherir solo las Partes Contratantes que así lo consideren, el TCE prevé que para estos casos, de requerirse solo se consideren Partes Contratantes las Partes del Protocolo. En otras palabras, solo tienen derecho a voto respecto de los temas contenido en el Protocolo quienes finalmente se piensan adherir a éste, lo cual resulta bastante lógico.²⁷⁸

G) *Condiciones para la realización de inversiones de conformidad con el contenido del Tratado de la Carta de la Energía.*

Las inversiones en proyectos de infraestructuras energéticas²⁷⁹ requieren ciertas condiciones y un marco propicio para las mismas, pudiendo citarse las siguientes:

²⁷⁵ TCE Artículo 33 Numeral 3).

²⁷⁶ TCE Artículo 33 Numeral 5).

²⁷⁷ TCE Artículo 33 Numeral 6).

²⁷⁸ TCE Artículo 33 Numeral 6 a).

²⁷⁹ A) Estructuras de financiación.

Una primera forma de diferenciar las estructuras financieras aplicadas a los proyectos es a través de la procedencia de los fondos utilizados, públicos o privados, para la misma.

Asimismo, dependiendo del marco jurídico en el que se realizan las inversiones, en el caso de las Empresas públicas, normalmente junto al obligado recurso a las garantías contractuales que pueden ser

deducidas de las calidades y contenidos de sus balances contables, también tienen la posibilidad de presentar avales emitidos por su socio mayoritario, en estos casos un Estado.

Es importante precisar que, al menos dentro del marco de la legislación de la Unión Europea, la presentación de garantías por parte de un Estado, podría ser considerada, salvo que se haya obtenido previamente la autorización de la Comisión o como resultado de la aplicación de los casos de excepción que corresponden, como ayudas ilegales dentro del derecho de la competencia europeo, en particular cuando la emisión de dichos avales no se produce en condiciones de mercado.

Sin perjuicio de lo anterior, también debe mencionarse que existen proyectos de iniciativas privadas o públicas que dado su carácter de interés común justifican ayuda financiera estatal o comunitaria.

Cabe por último establecer esquemas de financiación de capital enteramente privado que no precisa de recursos apenas públicos o subvenciones, ayudas u otro tipo de asistencia estatal para su configuración y desarrollo. Es el caso de las Empresas que actúan en el marco estrictamente privado, cuyos proyectos, obviamente, son llevados a cabo y asumidos por capital privado sin la intervención pública estatal y cuyo desarrollo depende, por lo tanto, exclusivamente del resultado de los distintos análisis del promotor, y especialmente del resultado del análisis financiero, así como de su estrategia industrial.

B) Project Finance.

Efectivamente, la modalidad de Project Finance permite al promotor de un proyecto, público o privado, desarrollarlo, obteniendo la mayor parte de los fondos necesarios de terceros que cuenten con los recursos financieros necesarios. Constituye un elemento clave para obtener la financiación, la visibilidad, estabilidad y seguridad de la capacidad de generación de recursos del proyecto, a través de las modalidades “Limited Project Finance” o “Non Limited Project Finance”.

Las principales características que distinguen el Project Finance de otras formas tradicionales de financiación de proyectos, son principalmente las siguientes:

1. Se constituye una Sociedad exclusivamente dedicada a la realización del proyecto “SPV”.
2. La SPV celebra contratos integrales a largo plazo con proveedores y clientes y la construcción de la infraestructura suele ser contratada en la modalidad “llave en mano”. Las contrapartes de la sociedad de proyecto deben de ser Sociedades de primer nivel, con reconocimiento internacional y una experiencia acreditada. Se tiende a evitar cualquier tecnología no comprobada. Con estas medidas se trata de reducir los riesgos de mercado y operativos.
3. La Sociedad de proyecto opera con un alto ratio de endeudamiento sobre recursos propios, entre 75% y 90%, en función principalmente de la visibilidad y estabilidad en la capacidad de generar recursos, de los riesgos políticos, del marco legal, de la tecnología de las contrapartes.
4. Las Entidades financieras no tienen recursos contra el promotor o si este existiera sería limitado en el tiempo y en importe. Cabe mencionar que el plazo total de estas financiaciones viene dado en función de la vida útil del activo y suele estar en el rango comprendido entre los 15 y 20 años.

C) Mecanismos de colaboración público privado (PPPs).

Los PPPs son proyectos planificados, financiados y ejecutados en un marco de colaboración entre el sector público y el privado.

Por lo tanto, los PPPs cubren todos los proyectos en los que la propiedad del mismo, incluyendo los riesgos asociados a tal, está compartida entre una Entidad pública y una Entidad privada.

Asimismo, los proyectos PPPs pueden ser financiados en régimen de Project Finance, en modalidad BOOT (Build Own Operate and Transfer) o BOT (Build Own and Transfer or Build Operate and Transfer), entre otras diversas modalidades y tipologías o vía financiación tradicional. La teoría de los PPPs se resume en el proceso de determinación y transferencia de los riesgos en favor de aquellas partes capaces de gestionarlos. Entre los motivos principales del desarrollo de los PPPs se encuentra el dilema existente entre las necesidades

- Un marco legal y regulatorio bien definido y que proporcione seguridad jurídica a las inversiones realizadas. En ciertos países no existen sistemas que permiten gestionar inversiones extranjeras, en particular en cuanto a los problemas relacionados con la titularidad de las infraestructuras, el régimen fiscal y la repatriación de los dividendos o de los beneficios.
- Seguridad política. La inseguridad política genera riesgos de expropiaciones, inestabilidad civil o conflictos bélicos, retención de beneficios o dividendos, inconvertibilidad de monedas, o eventuales incumplimientos por parte de la Administración de sus obligaciones contractuales. Todos estos riesgos tienen como consecuencia el establecimiento de costosos y complejos programas de seguros así como de ratios equity/deuda más altos y de coste de la deuda igualmente más oneroso.
- Seguridad económica. La inseguridad económica nace cuando existen dudas sobre la capacidad de los usuarios finales de poder afrontar los pagos vinculados con el uso de las infraestructuras realizadas.

*a) Normas reguladoras de las inversiones en el Tratado sobre la Carta de la Energía.*²⁸⁰

El Tratado de la Carta de la Energía fija ciertos requisitos jurídicos que se encuentran en la mayoría de los Convenios bilaterales de protección de las inversiones, tales como:

- Cumplimiento de cualquier obligación que una parte contratante haya concluido con un inversor de otra parte contratante;
- Autorización acordada a los inversores para emplear el personal con cargos de responsabilidad, a su elección, independientemente de su nacionalidad, siempre

²⁸⁰ El artículo primero apartado 6 define el término “Inversión” como cualquier tipo de activo, poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor, y que abarque:

- a) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas;
- b) una Empresa o Sociedad mercantil, o bien acciones, títulos u otras formas de participación en una Empresa o Sociedad mercantil, o bonos y otros títulos de deuda de una Empresa o Sociedad mercantil;
- c) créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales que tengan un valor económico y estén relacionadas con una inversión;
- d) propiedad intelectual;
- e) rendimientos,
- f) cualquier derecho conferido por ley o contrato, o en virtud de cualesquiera licencias o permisos otorgados conforme a las leyes para emprender cualquier actividad económica en el sector de la energía;

Asimismo, cuando se trata de inversión, se refiere a toda inversión relacionada con una Actividad Económica en el Sector de la Energía.

Según lo establecido en la cláusula primera apartado 5): “Actividad Económica en el Sector de la Energía” se refiere a una actividad económica dedicada a la exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización, y venta de materias y productos energéticos, salvo los incluidos en el Anexo NI, o relativa a las distribución de calor a instalaciones múltiples. Revisado el Anexo NI encontramos que las siguientes materias y productos energéticos no les será aplicable la definición de Actividad Económica en el Sector de la Energía del Tratado: “Aceites y demás productos de la destilación de los alquitranes de hulla de alta temperatura; productos análogos en los que los compuestos aromáticos predominen en peso sobre los no aromáticos (por ejemplo, bencenos, toluenos, xilenos, naftaleno, las demás mezclas de hidrocarburos aromáticos, fenoles, aceites de creosota y otros). Leña en troncos, zoquetes, ramas, haces de leña y similares. Carbón vegetal (incluido el de cáscaras o huesos de frutas), aunque esté aglomerado)”.

y cuando dicho personal haya sido autorizado a permanecer y trabajar en dicho territorio;

- Pago de compensaciones por cualquier pérdida sufrida por un inversor extranjero debida a una guerra o disturbios civiles;
- Pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva por cualquier bien expropiado. La compensación equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado el valor del bien;
- Autorización otorgada al inversor para transferir libremente fuera del territorio, en una divisa totalmente convertible, el capital que ha invertido así como los beneficios asociados.

Igualmente, el TCE establece el principio según el cual una inversión hecha por un inversor de otra parte contratante debe ser tratada no menos favorablemente que la inversión de los inversores nacionales o que la de los inversores de cualquier país tercero. Fuera de las excepciones normales, por ejemplo por razones de seguridad nacional, la única excepción específica de esta regla concierne los impuestos directos; en este caso, la equidad requiere que la tributación del país sea tomada en consideración. Esta regla de conceder “trato nacional” también se aplica a las inversiones de cartera, lo que permite ofrecer garantías jurídicas y económicas a los que desean adquirir acciones de una Empresa controlada por una compañía nacional.

Pero además de lo anterior, y este es un hecho de extraordinaria importancia, podemos subrayar que si determinados preceptos del GATT y, en particular su Disposición V relativa a la regulación de las inversiones puede, desde la perspectiva del derecho europeo considerarse que tiene aplicabilidad directa, en el sentido de ser una norma self-executing, e invocable en tal sentido ante los tribunales, con igual sentido debe aceptarse que el bloque relativo a la protección de las inversiones del Tratado de la Carta, tendría el mismo efecto directo.

b) Promoción y Protección de las Inversiones.

La regulación de este Capítulo se integra en la Parte III del Tratado, en los artículos 10 a 17, cuyo análisis realizamos en los términos siguientes:

a. Régimen de transparencia y no discriminación (art. 10).

En su primer apartado este artículo establece la obligación de las partes Contratantes de fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes para que los inversores de otras partes contratantes realicen inversiones en su territorio.

Además se establece el compromiso de las partes contratantes de conceder en todo momento un trato justo y equitativo a las inversiones de los inversores de otras partes contratantes y que cada una de las partes contratante procurará conceder a los inversores de otras partes contratantes el trato descrito en el apartado 3) en cuanto haga referencia a la realización de inversiones en su territorio²⁸¹.

Así, este artículo introduce el principio de no discriminación entre los inversores de diferentes partes contratantes de tercer Estado, así como entre las inversiones de inversores de diferentes partes contratantes o tercer Estado (apartados 3 (inversores); apartado 7 (inversiones)).

El apartado décimo del artículo 10 introduce una excepción para la protección de la propiedad intelectual, en cuyo caso aplicará el trato especificado en las correspondientes disposiciones de los Acuerdos internacionales vigentes relativos a la protección de los derechos de propiedad intelectual en los cuales son partes las respectivas partes contratantes.

Finalmente, el apartado duodécimo establece que las partes contratantes se asegurarán de que su derecho nacional proporciona medios eficaces para la tramitación de demandas y el ejercicio de derechos en relación con inversiones, acuerdos de inversión y autorización de

²⁸¹ El apartado tercero especifica que se entenderá por “trato” el trato concedido por una parte contratante que no es menos favorable que el concedido a sus propios inversores o a los inversores de otra parte contratante o tercer Estado, siendo de aplicación la situación más favorable.

inversión, estableciendo asimismo los medios necesarios para exigir el respeto y la conformidad de los principios antes establecidos.

b. Capacidad de las partes inversoras (art. 11).

El artículo 11 establece la obligación para las partes contratantes de examinar de buena fe, con arreglo a las leyes y disposiciones sobre entrada, estancia y trabajo de personas físicas, las solicitudes presentadas por los inversores de otra parte contratante y por personas con cargo de responsabilidad empleadas por dichos inversores y, por lo tanto, introduce un elemento de seguridad añadido en cuanto a la capacidad de los inversores de poder emplear las personas más adecuadas y más capacitadas para llevar a éxito sus inversiones.

c. Trato más favorable (art. 12).

Según lo establecido en este artículo, los inversores de una parte contratante cuyas inversiones sufran pérdidas debidas a un conflicto armado, o guerra, estado de excepción, disturbio u otro acontecimiento similar en dicho territorio, recibirán de la otra parte contratante el trato más favorable en lo relativo a la restitución, indemnización o cualquier otra forma de reparación.

Además el texto del apartado segundo de dicho artículo 12 insiste en que cuando la requisa o la destrucción de la inversión o parte de la misma sea debido a la actuación de las fuerzas armadas de la parte contratante donde está ubicada la inversión, la correspondiente restitución o indemnización, será, en cualquier caso, rápida, adecuada y efectiva.

Este artículo retoma el principio de no discriminación ya establecido en el artículo 10, y le añade un agravante cuando la requisa o destrucción sea debida a las fuerzas armadas de la parte contratante en la que está domiciliada la inversión afectada.

Es importante anotar que las excepciones previstas en el artículo 24 del TCE no son de aplicación al presente artículo 12,²⁸² lo cual en un cierto sentido demuestra el peso del compromiso adquirido por las partes contratantes.

c) *Principio de legalidad y régimen jurídico de expropiación (art. 13).*

El presente artículo prohíbe la expropiación, definiéndola como nacionalización, expropiación o medida o medidas de efecto similar a la nacionalización o a la expropiación, excepto si dicha expropiación se lleva a cabo:

- Por un motivo de interés público;
- De manera no discriminatoria;
- Con arreglo al debido procedimiento legal; y
- Mediante el pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva.

Asimismo el artículo 13 precisa que el importe de la indemnización equivaldrá al justo valor de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que el anuncio de la expropiación o de la intención de llevar a cabo la expropiación hubiese afectado al valor de la inversión. Además el inversor tendrá derecho a que este justo valor de mercado sea expresado en una divisa libremente convertible.

De la misma manera que para el artículo 12 es significativo anotar que las excepciones previstas en el artículo 24 del TCE no son de aplicación al presente artículo 13²⁸³, lo cual en un cierto sentido demuestra la importancia del compromiso adquirido por las partes contratantes.²⁸⁴

²⁸² Artículo 24 1): “El presente artículo no se aplicará a los artículos 12,13 y 29.

²⁸³ Artículo 24 1): “El presente artículo no se aplicará a los artículos 12,13 y 29”.

²⁸⁴ Especialmente necesario nos parece, a estos efectos, la interpretación que realiza la Resolución del “Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, en Nykomb Synergetics Tech. Holding&Republic of Latvia.

H) Régimen jurídico de solución de controversias en el Tratado de la Carta de la Energía.

La parte V del TCE establece principios y mecanismos para la solución de controversias que surjan con ocasión de la aplicación del mismo, o por violación de alguna de las normas allí establecidas por cualquier Parte Contratante²⁸⁵.

Una vez que el Tratado ha entrado en vigor en un Estado, permanecerá vigente por un mínimo de seis años. Las provisiones sobre inversiones, continúan normalmente vigentes, por un período de veinte años.

El Tratado prevé una estructura de resolución de conflictos diferente según los sujetos involucrados en la controversia. Según dicha estructura, las controversias tienen dos categorías básicas: (i) Controversias surgidas entre Partes Contratantes, es decir, entre Estados signatarios, y (ii) Controversias surgidas entre un inversor (proveniente de una parte contratante) y otra parte contratante. En este segundo caso el inversor puede activar un recurso contra un Estado signatario directamente, sin necesidad de acudir a otros canales de intermediación jurídica. Es decir, como si actuara en el marco de protección de inversiones

²⁸⁵ Solución de controversias internacionales

El TCE incluye disposiciones muy fuertes relativas a la solución de controversias internacionales. Estas disposiciones tranquilizarán a los inversores extranjeros en lo que se refiere a la interpretación y aplicación justa, coherente y predecible de las reglas del TCE por todas las Partes Contratantes.

Si el inversor de otra Parte Contratante considera que un Gobierno no ha cumplido sus obligaciones prescritas por las disposiciones de la Protección de las Inversiones, el inversor puede, con el consentimiento incondicional de la Parte Contratante, elegir someter la solución de la controversia a un tribunal nacional o a cualquier procedimiento de solución de controversia previamente convenido con el Gobierno, o bien someterla a un arbitraje internacional {Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), Mecanismo Adicional de Aplicación de Procedimientos del CIADI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo}. Excepto en Australia, Hungría y Noruega, los inversores de otras Partes Contratantes tienen el derecho de elegir el procedimiento incluso si la controversia concierne un acuerdo de inversión concluido con el Gobierno y no es específico a una de las disposiciones del TCE. Las Partes Contratantes se han comprometido ellas mismas a ejecutar las decisiones de arbitraje sin demora y a garantizar que serán efectivamente cumplidas en todos sus territorios.

Un Gobierno puede referir una controversia relativa a una disposición no comercial (con una o dos excepciones) a un tribunal de arbitraje cuya sentencia será definitiva y vinculante para el Gobierno concernido por la controversia. El procedimiento de solución para controversias comerciales que concierne a una parte que no es miembro de la OMC, está inspirado estrechamente en el acuerdo de anteproyecto de solución de controversias que entonces era discutido en la Ronda de Uruguay.

de los Tratados bilaterales de inversión, sin necesidad de tener que mencionar expresamente en el acuerdo el alcance del Tratado de la Carta.

Cada categoría de controversia tiene un procedimiento diferente de solución y acude a la implementación de figuras diferentes como la amigable resolución, la conciliación, o el Tribunal de Arbitraje, entre otros que serán analizados a continuación con detenimiento.

a) *Solución de conflictos surgidos entre una Parte Contratante y un inversor.*

En su artículo 26 regula el procedimiento de solución de conflictos surgidos entre una parte contratante y un inversor de otra parte contratante. Como principio general la norma insta a resolver amigablemente las controversias surgidas de la inobservancia de alguna de las obligaciones establecidas en la Parte III del tratado relativas a la “Promoción y Protección de las Inversiones”. En términos generales, dicha Parte del TCE pretende generar condiciones de estabilidad para la inversión de la persona “*no ciudadana*” en la Parte Contratante, evitando prácticas discriminatorias, obligando al Estado receptor de la inversión a darle un tratamiento equitativo tanto a inversores locales como externos.

Aún así, el apartado 3 del artículo 10 incluida en la Parte III, establece de forma tácita la posibilidad de aplicar excepciones de trato²⁸⁶, aunque el propio Tratado inste a las Partes Contratantes a ir eliminando gradualmente tales situaciones, por el momento por medio de prácticas voluntarias, y en un futuro, por medio de un Tratado complementario²⁸⁷ mencionado en el propio TCE.

²⁸⁶ El TCE establece en el artículo 10 la Promoción, Protección y Trato de Inversiones, instando a la Partes Contratantes a crear condiciones estableces, equitativas y favorables para las inversiones que se realicen en su territorio, y señala que cada Parte Contratante “*procurará*” darle un trato semejante a sus inversores locales, o no menos favorable a los inversores provenientes de otra Parte Contratante.

²⁸⁷ El numeral 4 del artículo 10 del TCE establece que: “En virtud de un Tratado Complementario futuro, toda parte signataria de éste estará obligada, con arreglo a las condiciones que en dicho tratado se establezcan, a conceder a los inversores de otras Partes que hagan inversiones en su territorio el trato descrito en el apartado 3). Ese tratado complementario estará abierto a la firma de los Estados y Organizaciones Regionales de Integración Económica que hayan firmado o se hayan adherido al presente Tratado.”

b) Posibles procedimientos solución de conflictos entre una Parte Contratante y un Inversor.

Una vez agotado un periodo de tres meses²⁸⁸ en el cual se intentara una solución de controversias de forma amigable sin éxito, el inversor que se considera perjudicado podrá utilizar uno de los siguientes tres posibles procedimientos:

1. Demanda ante los Tribunales ordinarios o Administrativos de la Parte Contratante. Cabe resaltar que dicha posibilidad es garantía fundamental para cualquier persona que invierta en un Estado de Derecho, por lo que su cita en el TCE es más enunciativa que generadora de un derecho real.
2. Utilización de un procedimiento previamente establecido entre el inversor y la Parte Contratante. Las inversiones en el sector de la energía en ocasiones están sometidas a la obtención de permisos, licencias o concesiones otorgadas por autoridades públicas de la Parte Contratante. Dichos actos o contratos pueden incluir estipulaciones que contengan procedimientos para la resolución de conflictos futuros entre las partes. En dichos eventos, el inversor –al presentarse el incumplimiento de una obligación derivada de la parte III relativa a la inversión- podrá hacer uso de los procedimientos estipulados previamente o recurrir a los demás mecanismos de solución establecidos en el artículo 26 núm. 2 a), b), y c).
3. Arbitraje o Conciliación Internacional. El artículo 26 del TCE establece los fundamentos del procedimiento a aplicarse para el arbitraje o la conciliación internacional, tal y como se detalla a continuación.

El artículo 46 establece una obligación genérica de en el numeral 3 a) al disponer: “... *las partes consienten incondicionalmente en someter sus controversias a arbitraje o*

²⁸⁸ TCE. Artículo 46 Num. 2. Téngase en cuenta que este plazo se empieza a contar desde a partir de la fecha en que cualquiera de las partes hubiese solicitado el inicio de un procedimiento tendente a conseguir una solución amigable.

conciliación internacional...” En este orden de ideas, un inversor que se considere afectado por una medida podrá decidir entre las tres posibilidades de procedimiento de solución antes descrito una vez agotada la etapa de intento de solución amigable. Las Partes Contratantes del Tratado manifiestan a través del presente artículo someterse a lo decidido por un Tribunal de Arbitraje o Conciliación, si está fuese la opción que el inversor escogiese como más adecuada.²⁸⁹ En este punto es relevante destacar que la letra b) del núm. 5 establece que *“se considerará que las demandas que se presenten a arbitraje con arreglo a este artículo se derivan de una relación o transacción comercial conforme a lo dispuesto en el artículo I de dicho Convenio*²⁹⁰”.

c) Régimen aplicable al arbitraje o conciliación internacional.

Una vez se determine como opción de resolución de conflicto el arbitraje o la conciliación internacional, el inversor que se considera afectado deberá presentar su consentimiento en el cual expresa su deseo de que la controversia sea resuelta siguiendo las normas –que se decida para tal efecto- entre los tres centros de resolución de conflictos internacionales siguientes:

- El Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. – CIADI²⁹¹–

²⁸⁹ A la disposición contenida en el artículo 26 Núm. 3 a) le es aplicable dos excepciones expresamente señaladas en los numerales b) y c) del mismo numeral del artículo: i) Los Estados enumerados en el Anexo ID (dentro de los que se encuentran Australia, Bulgaria, Azerbaiyán, Comunidades Europeas, Finlandia, Italia, Japón, Federación Rusa, Portugal y España entre otros) no darán su consentimiento incondicional a someter sus controversias a arbitraje o conciliación cuando el inversor hubiere recurrido previamente a los tribunales de la parte contratante o a un procedimiento de controversias previamente acordado con la Parte Contratante. ii) Las Parte Contratantes definidas en el Anexo IA (Australia, Canadá, Hungría y Noruega) no darán su consentimiento cuando se trata de controversias fundadas en los establecido en la última frase del Artículo 10 núm. 1, el cual señala: *“Toda Parte Contratante cumplirá las obligaciones que haya contraído con los inversores o con las inversiones de los inversores de cualquier otra Parte Contratante.”*

²⁹⁰ El Convenio al cual se refiere es el Convenio de Nueva York, punto que será explicado más adelante.

²⁹¹ Es importante anotar que el TCE prevé en su artículo 26 Núm. 4 i) y ii), dos posibilidades de régimen procesal aplicable a CIADI, para aquellos casos en que ambas partes en conflicto sean parte del Convenio CIADI y, para aquellos casos en que solo una de las partes sea parte de dicho convenio.

- Un único árbitro internacional o tribunal de arbitraje ad hoc en virtud del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI-.
- Un procedimiento de arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

La norma dispone que los arbitrajes se llevarán a cabo a solicitud de cualquiera de las partes en conflicto en un Estado que forme parte de la Convención de Nueva York²⁹².

d) *Laudos Arbitrales.*

Los laudos arbitrales producto de la aplicación de los procedimientos descritos en el artículo 26 del TCE gozarán de firmeza y fuerza vinculante para las partes involucradas.

En caso de que dentro de la decisión existan disposiciones en contra de las medidas asumidas por un Gobierno para una materia determinada, el artículo 26 Núm. 8) obliga a que en dichos casos, el laudo prevea la posibilidad de que la Parte Contratante involucrada pueda pagar una indemnización al inversor en lugar de otra clase de solución.

El artículo 26 también dispone que las partes Contratantes involucradas cumplirán de manera efectiva y rápida las decisiones ordenadas por los laudos. En caso de incumplimiento de los laudos, el TCE no prevé ninguna norma aplicable, lo que indica que

²⁹² 1958 - Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) Esta Convención, aprobada por una conferencia diplomática el día 10 de junio de 1958, fue preparada por las Naciones Unidas antes de que se creara la CNUDMI. La Convención está reconocida como uno de los instrumentos fundacionales del arbitraje internacional, y su texto exige que todo foro judicial competente de un Estado contratante ante el que se interponga una acción concerniente a una cuestión que haya sido objeto de un acuerdo de arbitraje o de una cláusula compromisoria remita dicha causa a arbitraje, al tiempo que dicho foro deberá también reconocer y dar fuerza ejecutoria a todo laudo arbitral emitido en algún otro Estado, a reserva de ciertas excepciones de limitado alcance. Esta Convención entró en vigor el 7 de junio de 1959.

se aplicará el régimen dispuesto para tales eventos en el organismo arbitral previamente seleccionado por las partes.

3. LOS TRATADOS DE ÁMSTERDAM Y NIZA. EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN EUROPEA.²⁹³

Los Tratados de Ámsterdam y Niza avanzan tímidamente en la preparación del marco regulador europeo desde la perspectiva de adoptar una política energética común, que no llega a adoptarse en ninguno de ambos textos.

3.1. Estructura de los Tratados.

El Acta final de la Conferencia Intergubernamental recoge en tres apartados en primer lugar el propio Tratado de Ámsterdam, en segundo lugar los 13 Protocolos anejos al TUE, al TCE, al TCECA y al TCEEA, y en tercer lugar las Declaraciones, tanto algunas firmadas por todos los Estados miembros, como las firmadas sólo por algunos de ellos.

Junto al Acta final se acordó la inclusión de los textos consolidados de los Tratados de la Unión Europea, CE, CECA y CEEA, tal como resultaban modificados, todo ello a efectos ilustrativos.

Tras el depósito del último instrumento de ratificación el 30 de marzo, y según su artículo 14.2, el Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

Acordado en el plano político el 17 de junio de 1997 y firmado el 2 de octubre del mismo año, el Tratado de Ámsterdam constituyó el resultado de dos años de estudios y de posteriores negociaciones de la Conferencia Intergubernamental (CIG).

²⁹³ A los efectos de este Epígrafe, se recogen, en gran medida, las consideraciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Energía de España, titulado *“Informe sobre las reformas del Tratado de Ámsterdam y su incidencia en el sector de la energía”*, aprobado por el Consejo de Administración de este Organismo el 3 de junio de 1999, elaborado por Vicente López-Ibor Mayor, con la colaboración de Eduardo Salinas.

La convocatoria de la Conferencia Intergubernamental se había previsto explícitamente en el Tratado de la Unión Europea (antiguo artículo N) al objeto de revisar algunas de sus disposiciones. La CIG dio comienzo formalmente a sus trabajos en la Sesión de la Cumbre del Consejo Europeo de Turín, celebrada el 29 de marzo de 1996. El trabajo de la Conferencia recibió un importante impulso a partir de las Cumbres celebradas en 1996 y 1997 en Florencia, Dublín y Noordwijk, y terminó sus trabajos en el Consejo Europeo de Ámsterdam, el 18 de junio de 1997.

La estructura del Tratado de Ámsterdam, dividido en tres Partes, es la siguiente:

La Primera Parte, compuesta por cinco artículos, es la relativa a las modificaciones sustantivas del Tratado de la Unión Europea, de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y de determinados Actos conexos:

- El artículo 1 contiene las modificaciones del TUE (Preámbulo, Título I sobre Disposiciones Comunes, Título V sobre Política Exterior y de Seguridad Común, Título VI sobre Asuntos de Justicia e Interior, Título VII sobre Disposiciones Finales).
- Los artículos 2, 3 y 4 contienen las modificaciones de los Tratados CE, CECA y EURATOM, respectivamente, y el artículo 5 contiene reformas al Acta relativa a la elección de los representantes en el Parlamento Europeo por sufragio universal directo, aneja a la Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 1978.

La Segunda Parte, compuesta de 6 artículos, contiene las disposiciones relativas a la simplificación de los Tratados, suprimiendo una serie de preceptos caducos, realizando además las adaptaciones necesarias.

En aquel contexto, se sostenía correctamente que a falta de una auténtica política energética, la capacidad de negociación de la Unión Europea es reducida. Ante las poderosas empresas exportadoras de hidrocarburos, los importadores europeos actúan de forma dispersa en un mercado en el que los precios vienen en gran medida prefijados. Y que, el mercado interior debería ser un factor de atenuación del predominio de los países

exportadores, a través de la competencia entre exportadores suscitada por la apertura y los intercambios acelerados de productos energéticos, sobre todo en el caso del gas natural.

Mientras la Unión Europea no disponga de instrumentos que permitan reducir la presión ejercida por el mercado internacional, esta situación seguirá siendo el talón de Aquiles de la economía europea, y sus posibilidades de influir adecuadamente en el diálogo a escala mundial serán reducidas. Como ha declarado el Presidente en ejercicio de la Unión Europea en el Consejo Europeo de Biarritz, el reciente aumento de los precios del petróleo ha hecho que los Estados miembros tomen conciencia de la necesidad de una respuesta coordinada en caso de crisis.

El Tratado de Niza²⁹⁴ modifica parcialmente el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos. Su estructura interna se divide en dos partes. Una primera rubricada “Modificaciones sustantivas”, introduce en los 6 artículos que la integran diversas modificaciones en el articulado del TUE desde la perspectiva institucional. (Afectando desde ese ángulo al contenido de los Tratados CECA y EURATOM de conformidad con los arts. 1º, que sustituye al 46 del Tratado –sobre competencia del Tribunal de Justicia–; 3º que sustituye los arts. 107 –sobre número de miembros del Parlamento Europeo–, 108 –sobre condiciones de ejercicio y funciones de los parlamentarios–, 121.2 –sobre Secretaría General del Consejo, etc.–; art. 4, que sustituye los arts. 10, 11, 12 y siguientes).

La Segunda Parte del Tratado lleva por rúbrica “Disposiciones transitorias y finales” (arts. 7 a 13), siendo directamente atinentes a la cuestión energética desde la perspectiva institucional los artículos 7, 8, 9 y 10²⁹⁵.

²⁹⁴ Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 10 de marzo de 2001 (2001/C 80/01).

²⁹⁵ “Segunda Parte: Disposiciones transitorias y finales.

Artículo 7

Los Protocolos sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anejos al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica quedan derogados y se sustituyen por el Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anejo por el presente Tratado al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Asimismo, acompañan el cuerpo del Tratado y la referida estructura tres Protocolos y veintitrés Declaraciones.

El Protocolo 3º anejo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea tiene por objeto regular las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA y el fondo de investigación del carbón y del acero, y su finalidad primordial es determinar la transferencia patrimonial de la CECA a 23 de julio de 2002 en favor de la Comunidad Europea.

3.2. Conferencia Intergubernamental para establecer un Proyecto de Tratado por el que se modifica el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La Conferencia Intergubernamental de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros que tienen el mandato de modificar el Tratado de la UE y sobre la base de los trabajos efectuados con ocasión del Proyecto de la Constitución Europea modifican también, a los efectos de hacerlo viable para su aprobación y ratificación de los Estados

Artículo 8

Quedan derogados los artículos 1 a 20, 44, 45, los párrafos segundo y tercero del artículo 46, y los artículos 47 a 49, 51, 52, 54 y 55 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

Artículo 9

Sin perjuicio de los artículos del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero que siguen en vigor, cuando el Tribunal de Justicia ejerza sus competencias en virtud de las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero serán aplicables las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia anejo por el presente Tratado al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

Artículo 10

La Decisión 88/591/CECA, CEE, EURATOM del Consejo de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, según ha sido modificada, queda derogada, con excepción de su artículo 3, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia ejerza, en virtud de dicho artículo, competencias atribuidas al Tribunal de Justicia por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero.

miembros, aquel texto comunitario a rendido ya con fecha 5 de octubre los primeros documentos ya con carácter de proyectos.

Desde la perspectiva de su interés energético cabe destacar los siguientes aspectos:

- a) Disposiciones expresas sobre la materia energética.
- b) Disposiciones conexas con relación a una política energética.

Con relación a la primera parte, es decir a las disposiciones concretas que se refieren al sector energético se establece en el Proyecto de Tratado por el que se modifica el tratado de la constitutivo de la Comunidad Europea unas modificaciones en el ámbito de las categorías y ámbitos de competencias, en el Título I que lleva por rúbrica “Categorías y ámbitos de competencias de las Unión” y en el mismo en su artículo 4º señala que la Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6. El artículo 3 señala que la Unión dispondrá de competencia exclusiva para la Unión Aduanera; para establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; para política monetaria; para la conservación de los recursos biológicos marinos dentro de una política pesquera común; y para la política comercial común.

El artículo 6º señala que la Unión dispondrá de competencia para completar o coordinar la acción de los Estados en siete ámbitos concretos: La protección y la mejora de la salud humana; La Industria; La Cultura; El Turismo; La Educación; La Formación Profesional; La juventud y el Deporte; La Protección Civil; La Cooperación Administrativa.

Por consiguiente la Unión dispone de competencias compartidas en otros ámbitos de su actuación y entre ellos se recogen además de la política de medio ambiente, la de la protección a los consumidores o la de los transportes dos que nos parecen especialmente relevantes a los efectos de nuestro estudio. El de las redes transeuropeas y el de la energía.

Además de la mención citada con relación a las competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión en los términos que acabamos de ver reflejar el nuevo Tratado establece un nuevo título que en este caso viene a ser el Título XX correspondiente a un

nuevo artículo 176^a rubricado “Energía”, título con tres apartados, el primero de ellos dice en el contexto del establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y atendiendo en la necesidad de preservar el medio ambiente, la política energética de la Unión aspirará con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros, a:

1. Garantizar el funcionamiento del mercado de la energía.
2. Garantizar la seguridad del abastecimiento energético de la Unión.
3. Fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de las energías nuevas y renovables.
4. Fomentar la interconexión de las redes energéticas.

A continuación se señala que el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán por el procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para alcanzar los cuatro objetivos antes mencionados. Y que dichas medidas se adaptaran previa consulta con dos Instituciones de la Unión como son el Comité de las Regiones y el Comité Económico y Social.

3.3. Principios y objetivos.

El Tratado de la Unión Europea estableció un procedimiento decisorio más eficaz para la política medioambiental al sustituir la unanimidad por el voto por mayoría en el Consejo como regla general. No obstante, este proceso continuaba siendo complejo ya que coexistían varios procedimientos distintos:

- el procedimiento de codecisión para los programas de acción de carácter general;
- el procedimiento de cooperación para la política medioambiental;
- el procedimiento de consulta simple con la aprobación unánime por parte del Consejo de las disposiciones de naturaleza fiscal o de ordenación del territorio, uso del suelo y abastecimiento de energía.

Además, a veces se producía una cierta ambigüedad entre los ámbitos del medio ambiente (art. 175, antiguo art. 130 S) y de la aproximación de las legislaciones sobre el mercado interior (art. 95, antiguo art. 100 A). Puesto que el procedimiento de codecisión se aplicaba a la aproximación de las legislaciones, existía el riesgo de conflicto entre las bases

jurídicas que proporcionan el artículo 100 A y el artículo 130 S en relación con una acción que afectara al medio ambiente.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam simplifica la situación ya que el procedimiento de cooperación se ha sustituido por el de codecisión. Esta reorganización tiene la ventaja de reducir a dos el número de procedimientos, ya que los Estados miembros expresaron su deseo de mantener la unanimidad en los campos mencionados anteriormente.

En materia de principios, el Tratado de Ámsterdam da un nuevo salto cualitativo en la protección del medio ambiente, a través de la formulación renovada del principio y objetivo del desarrollo sostenible, modificándose el Considerando número siete del Preámbulo del Tratado de la Unión para incluir la expresa mención de dicho principio, declarándose que los Estados miembros están *“decididos a promover el progreso social y económico de sus pueblos, **teniendo en cuenta el principio de desarrollo sostenible**, dentro de la realización del mercado interior y del fortalecimiento de la cohesión y de la protección del medio ambiente...”*, y se da nueva redacción a esta materia en los preceptos relativos a los propios objetivos de la Unión Europea (art. B, ahora 2, de las Disposiciones comunes que constituyen el *“frontispicio común”* de aquellos tres pilares que componían el Tratado de la Unión), y en el artículo 2 sobre objetivos del Tratado de la Comunidad Europea, aunque dicho principio ya estuviera recogido en los mencionados preceptos.

La Comunidad, se señala, promoverá *“un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente”* (art. 2 TCE). Se subraya asimismo el principio de integración de las exigencias de la defensa o protección del medio ambiente en la definición y aplicación del resto de las políticas comunitarias, situándolo en el nuevo artículo 6 (anterior 3 C, añadido por el art. 2.4 del Tratado de Ámsterdam). Y se introduce el principio de *“flexibilidad o cooperación reforzada”* (art. 11; antiguo 5 A) que podrá permitir que un grupo de Estados miembros avance hacia una mayor integración normativa en un área determinada con relación a otros que decidan no asociarse a tal proceso de mayor integración en materia de legislación medioambiental.

Sin embargo, el Tratado mantiene el tenor del actual artículo 99 (que pasa a ser el art. 93 en la versión consolidada) del Tratado CE, al no verse alterada la exigencia de

unanimidad para la armonización de medidas fiscales (Ej.: fiscalidad ambiental, impuestos ecológicos, CO₂) y conservando igualmente la unanimidad en el procedimiento de toma de decisiones respecto de determinados aspectos directamente atinentes a la energía como *“las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre las diferentes fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético”* así como *“las medidas relativas a la gestión de los recursos hídricos”*.

El nuevo Tratado de Niza modifica el procedimiento de toma de decisiones en esta materia, sin afectar el contenido del artículo 95, al disponer que el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, adoptará:

- a) disposiciones esencialmente de carácter fiscal;
- b) las medidas que afecten a:
 - la ordenación territorial;
 - la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos;
 - la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos;
- c) las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético.

4. LA CONSTITUCIÓN Y LA ENERGÍA.

En el artículo 1º del Título primero, que lleva por rúbrica “Definición y objetivos de la Unión”, del Proyecto no ratificado de Constitución Europea, se destacaba que la “Unión

coordina las políticas de los Estados miembros” dentro de los objetivos y competencias que le son propias.

Dentro de los objetivos (art. 1.3 del citado Título I), se incorporaba “un mercado único donde la competencia es libre y no se falsea”. Más concretamente en el Título III sobre “las competencias de la Unión” se iban estableciendo y clasificando sistemáticamente los principios en que se basan la atribución de competencias en favor de la Unión, las categorías de competencias, la relación de competencias de carácter exclusivo, y aquellas otras concurrentes o compartidas entre la Unión y los Estados miembros, así como, entre otros temas, los mecanismos que permiten asegurar “la coordinación de las políticas económicas”. De todo ello debemos destacar los siguientes elementos, a fin de analizar de qué forma la energía se ve afectada o incorporada y en qué términos a este catálogo de competencias comunitarias.

En primer término cabe decir que, como afirma el artículo 1.9 del Título III, “la delimitación de las competencias de la Unión está regida por el principio de atribución”. El ejercicio de tales competencias está regido por dos principios fundamentales: el de subsidiariedad y el de proporcionalidad.

Los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad son definidos expresamente en el texto constitucional. El primero al señalar que dentro de los ámbitos que no pertenecen a sus competencias exclusivas, la Unión solamente interviene en la medida en que los objetivos perseguidos no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros tanto a nivel central como a nivel regional o local, y sin embargo pueden ser satisfechos de forma más precisa a nivel de la Unión. El principio de proporcionalidad obliga a que el contenido y la forma de acción de la Unión no exceda de aquello que sea necesario para cumplir los objetivos de la Constitución.

Descendiendo el análisis a las categorías de competencias comunitarias y los tipos de éstas, cabe indicar, en primer lugar, que la Unión dispone de una competencia general a fin de promover y asegurar la coordinación de la política económica de los Estados miembros.

La energía se inscribe directamente en el ámbito del artículo 1–13, es decir, la que corresponde a la esfera de las competencias compartidas o concurrentes entre la Unión y los Estados miembros. El párrafo segundo de dicho artículo incluye expresamente a la energía en la lista de competencias compartidas, que incorpora también, entre otras materias, al medio ambiente, la protección de los consumidores, las redes transeuropeas y el mercado interior. Así pues, por vez primera hay una declaración expresa de comunitarización de la energía como una competencia, en el marco de las políticas económicas, en la que concurren la Unión y los Estados miembros, en el marco de aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad.

La parte II de la Constitución está consagrada en su totalidad a recoger la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y, a los efectos de nuestro estudio, es importante subrayar el artículo II–36 del Título IV (Solidaridad) destinado a regular el “Acceso a los servicios de interés económico general”, cuyo reconocimiento comunitario asegura el texto constitucional, a fin de “promover la cohesión social y territorial de la Unión”.

5. EL TRATADO DE LISBOA: POLÍTICA COMÚN Y COOPERACIONES REFORZADAS.

5.1. Política energética común y Cooperaciones Reforzadas.

El Tratado de Lisboa²⁹⁶ reconoce, por fin, una política energética común propia de la energía. El nuevo artículo 194 del Tratado de funcionamiento de la Unión señala que:

“1. En el marco del establecimiento o del funcionamiento del mercado interior y atendiendo a la necesidad de preservar y mejorar el medio ambiente, la política energética de la Unión tendrá por objetivo, con un espíritu de solidaridad entre los Estados miembros:

²⁹⁶ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Modificaciones del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, pendiente de completar su proceso de ratificación y adopción final.

- a. *garantizar el funcionamiento del mercado de la energía;*
- b. *garantizar la seguridad del abastecimiento energético en la Unión;*
- c. *fomentar la eficiencia energética y el ahorro energético así como el desarrollo de energías nuevas y renovables; y*
- d. *fomentar la interconexión de las redes energéticas.*

2. Sin perjuicio de la aplicación de otras disposiciones de los Tratados, el Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las medidas necesarias para alcanzar los objetivos mencionados en el apartado 1. Dichas medidas se adoptarán previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

No afectarán al derecho de un Estado miembro a determinar las condiciones de explotación de sus recursos energéticos, sus posibilidades de elegir entre distintas fuentes de energía y la estructura general de su abastecimiento energético, sin perjuicio de la letra c) del apartado 2 del artículo 192.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, establecerá las medidas mencionadas en ese apartado cuando sean esencialmente de carácter fiscal”.

Asimismo, el Tratado incluye nuevas competencias generrales de corte casi federal, incluidas energía, competencia, medio ambiente y mercado interior, y el procedimiento de cooperación reforzada. La figura de las Cooperaciones Reforzadas en el Título IV artículo 20 y siguientes de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea²⁹⁷. De las modificaciones que observa este régimen en el nuevo Tratado, cabe destacar que:

²⁹⁷ Recordemos que el artículo 1 apartado 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que dicho Tratado, junto con el Tratado de la Unión Europea, constituyen los Tratados sobre los que se fundamenta la Unión. Estos dos Tratados, que tienen un mismo valor jurídico, se designarán en su texto con la expresión “los Tratados”. El artículo 20 del Tratado de la Unión Europea (versión consolidada) pasa a sustituir los artículos 27A a 27E, 40 a 40B y 43 a 45 TUE y los antiguos 11 y 11A TCE.

1. La Cooperación Reforzada es un mecanismo aplicable en el ámbito de las competencias no exclusivas de la Unión, es decir, susceptible de ser instado siempre y cuando verse sobre materias definidas, como competencias compartidas entre los Estados miembros y la Unión, tal y como son definidas en el artículo 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada).
2. Para poder iniciar el procedimiento, la solicitud debe ser presentada por un mínimo de 9 Estados miembros, es decir, un número mayor de Estados que en la regulación precedente.
3. En la solicitud se debe justificar que con la pretendida Cooperación Reforzada:
 - a) Se están impulsando los objetivos de la Unión.
 - b) Se está protegiendo los intereses generales comunitarios.
 - c) Se refuerza el proceso de integración.
 - d) Que el Consejo Europeo haya concluido, antes de su adopción, que este mecanismo es absolutamente necesario para alcanzar un objetivo que no ha podido ser logrado por los medios ordinarios. En otras palabras, que constituye un “último recurso”, ya que el objetivo perseguido no puede conseguirse, en un plazo razonable, por la Unión en su conjunto²⁹⁸.

Entendemos que las modificaciones que se contemplan en el Tratado de Lisboa²⁹⁹ son, por ello, sustanciales y fortalecen la naturaleza, contenido, objetivos y posible utilidad de esta figura, y procedimiento.

²⁹⁸ Esta idea estaba ya obviamente presente al inicio del proceso de la construcción de la figura en el Tratado de Ámsterdam, como la de que este instrumento concierna por lo menos a la mayoría de los Estados miembros, no afecte a las competencias, derechos, obligaciones e intereses de los Estados que no participen en ella y esté abierto permanentemente a la participación de todos los Estados miembros con tal de que acaten la decisión de base y las tomadas dentro del marco concreto de cooperación.

²⁹⁹ Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007.

La extensión de la aplicación de las Cooperaciones Reforzadas a las materias residenciadas dentro de las competencias compartidas entre los Estados y la Unión, permite extender esta fórmula a ámbitos que estaban vetados con anterioridad a su aplicación. Tal pudiera ser el caso de determinadas medidas propias del mercado interior, en determinados casos o en su conexión necesaria con las políticas ambiental, de lucha contra el cambio climático, o de energía.

En el caso de la normativa y la construcción comunitaria de su régimen jurídico energético, este hecho no es en absoluto banal.

Por otra parte, la necesidad de motivar en la solicitud los requisitos mencionados anteriormente, especialmente la idea de reforzar materialmente el proceso de integración, es un aspecto esencial³⁰⁰.

Los artículos 326 a 334 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen algunos criterios y fijan el mecanismo de aplicación de las Cooperaciones Reforzadas. Así, se establece que las Cooperaciones Reforzadas no perjudicarán el mercado interior, no obstaculizarán los intercambios entre Estados miembros ni generarán ningún tipo de discriminación.

Los artículos 329 a 333 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen el procedimiento que han de seguir los Estados miembros interesados ante las instituciones comunitarias a tales efectos.

³⁰⁰ De conformidad con el Título I Artículo 2 del Tratado de Funcionamiento en la Unión Europea denominado “CATEGORÍAS Y ÁMBITOS DE COMPETENCIAS DE LA UNIÓN”, “*cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia exclusiva en un ámbito determinado, sólo la Unión podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, mientras que los Estados miembros, en cuanto tales, únicamente podrán hacerlo si son facultados por la Unión o para aplicar actos de la Unión*”.

Por otro lado el mismo artículo dispone que “*cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los Estados (..), los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito*”. Sin embargo el artículo especifica que “*Los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya*”, en una clara referencia al principio de subsidiariedad.

Al establecer el ámbito de aplicación de las Cooperaciones Reforzadas en el Tratado de Lisboa es preciso analizar varios artículos del nuevo texto y comparar su contenido con los artículos reemplazados para verificar el alcance de dichas modificaciones.

En primer lugar, el Tratado de Lisboa en su artículo 1 dispone las modificaciones **al Tratado de la Unión Europea, en cuyo numeral 22 incorpora el texto siguiente:**

“COOPERACIONES REFORZADAS

«Artículo 10

1. Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados, dentro de los límites y con arreglo a las modalidades contempladas en el presente artículo y en los artículos 280 A a 280 I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

De dicho artículo se desprenden dos conclusiones en cuanto a la delimitación del ámbito de aplicación de las Cooperaciones Reforzadas. La primera que dicho artículo sustituye de forma expresa los artículos 27 A a 27 E, 40 a 40 B y 43 a 45 así como los artículos 11 y 11 A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, incluidos por el Tratado de Niza, con las implicaciones que dicha modificación engendra y que será especificada más adelante. La segunda que el artículo, en una redacción no muy afortunada, a nuestro entender, fija un ámbito de aplicación de las Cooperaciones Reforzadas un tanto ambiguo al establecer el artículo 10 que “*Los Estados miembros que deseen instaurar entre sí una cooperación reforzada en el marco de las competencias no exclusivas de la Unión podrán hacer uso de las instituciones de ésta y ejercer dichas competencias aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados (...)*”

Del texto anterior cabe concluir, bajo criterio de interpretación sistemática, que las Cooperaciones Reforzadas no podrán celebrarse sobre competencias exclusivas de la Unión, lo que nos llevaría a concluir que son aplicables a aquellas materias contenidas en el propio Tratado como “*competencias compartidas*”.

Bajo este entendido, en las competencias compartidas como su propio nombre lo indica, tanto los Estados como la Unión gozan de facultades para legislar en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya, o cuando ésta hubiese decidido dejar de ejercer la suya.

Teniendo claridad sobre el punto anterior, el artículo 2C de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión dispone de forma expresa y taxativa cuales son las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembro de la siguiente forma:

“Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales:

a) el mercado interior;

b) la política social, en los aspectos definidos en el presente Tratado;

c) la cohesión económica, social y territorial;

d) la agricultura y la pesca, con exclusión de la conservación de los recursos biológicos marinos;

e) el medio ambiente;

f) la protección de los consumidores;

g) los transportes;

h) las redes transeuropeas;

i) la energía;

j) el espacio de libertad, seguridad y justicia;

k) los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el presente Tratado.”

Dentro de las competencias compartidas de la Unión y los Estados miembros encontramos el mercado interior, el medio ambiente, las redes transeuropeas, y la energía, aspectos todos éstos conectados de forma directa con la política energética dispuesta en el nuevo artículo del Tratado de Lisboa sobre energía.

En relación con el ámbito específico del mercado interior, es preciso adicionalmente señalar que, los artículos 27 A a 27 E, 40 a 40 B y 43 a 45 TUE y 11 y 11 A TCE fueron sustituidos por el Tratado de Lisboa. El nuevo artículo 326 del Tratado de Funcionamiento de la Unión señala:

*“Las Cooperaciones Reforzadas respetarán los Tratados y el Derecho de la Unión. **Las Cooperaciones Reforzadas no perjudicarán al mercado interior ni a la cohesión económica, social y territorial.** No constituirán un obstáculo ni una discriminación para los intercambios entre Estados miembros, ni provocarán distorsiones de competencia entre ellos.”*

Se plantea con este artículo, en especial con la parte subrayada, un posible conflicto interpretativo en relación con el mercado interior. Si bien hasta este punto del análisis habíamos llegado a la conclusión de que el mercado interior formaba parte del ámbito de aplicación de las Cooperaciones Reforzadas, al ser este la primera de las competencias compartidas dispuesta por el artículo 2 A antes transcrito, ¿cómo debería entenderse la previsión dispuesta por el artículo 326 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión – Tratado de Lisboa cuando señala que las Cooperaciones no perjudicarán al mercado interior?.

Al respecto podríamos aplicar una aproximación exegética del término perjudicar, el cual debe entenderse de acuerdo con su acepción exacta como *“Ocasionar daños o menoscabo material o moral.”* Del significado anterior no es posible deducir que el artículo 326 esté prohibiendo de forma expresa la aplicación de las Cooperaciones Reforzadas sobre el mercado interior, sino que está previniendo el uso de dicha figura en aquellos eventos que afecten de forma directa y negativa el mercado interior.

Otro posible medio interpretativo podría ser el acudir a la redacción de los artículos anteriores sobre Cooperaciones Reforzadas incluidos en el Tratado de Niza y que fueron expresamente sustituidos por el articulado actual del Tratado de Lisboa.

Así las cosas, el panorama de aplicabilidad de las Cooperaciones Reforzadas cambia en cualquier caso el alcance del Tratado de Niza al Tratado de Lisboa. Este último Tratado,

dispone el mercado interior como una de las materias sobre las cuales sería posible aplicar las Cooperaciones Reforzadas siempre y cuando con esto no se perjudique el mismo en los términos explicados anteriormente, y todo ello sin perjuicio del respeto del acervo comunitario del que parte de las normas de derecho derivado inscritas en el mercado interior de la energía, forman parte.

Como se evidencia, la Comisión Europea se revela consciente de las disparidades que existen entre las políticas estatales de los Estados miembros a éste respecto, y hace hincapié sobre las dificultades que tal situación puede generar tanto para la construcción del mercado interior energético común, como para la salvaguarda de la seguridad de suministro³⁰¹.

Por todo lo anterior, la materia de seguridad de abastecimiento energético se expresa como una de los principales capítulos de la energía en Europa. Sin recursos autóctonos, o la posibilidad de importar los productos energéticos necesarios para satisfacer las exigencias de demanda en el interior de la Unión, nos encontraremos con un grave problema de dependencia interna.

Por todo ello, como hemos visto, el legislador se ha ido preocupando en los últimos años, de acuerdo con los análisis sobre la materia, de adoptar determinadas normas que limiten los riesgos a medio y largo plazo en esta área. Un ejemplo práctico suficientemente revelador de esta situación lo manifiestan las crisis de los contratos de aprovisionamiento de gas entre Rusia y ciertos países de la Unión Europea, bien a través de cuotas de tránsito por países vecinos a los proveedores o en la propia Federación Rusa, como Ucrania, Georgia o Bielorrusia. Frente a ello, Europa ha actuado normalmente atendiendo los intereses

³⁰¹ Siguiendo esta misma línea en el año 2006 se publica la Directiva 2006/67/CE del Consejo por la que se obliga a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y/o productos petrolíferos. Respecto a la cooperación entre Estados miembros en este sentido la Directiva señala que “*en principio, las reservas de petróleo pueden constituirse en cualquier lugar de la Comunidad, por lo que es oportuno facilitar la constitución de reservas fuera del territorio nacional. En el caso de reservas mantenidas a disposición de otra empresa o de otro organismo/entidad, son necesarias normas más detalladas para garantizar su disponibilidad y accesibilidad en caso de dificultades de abastecimiento de petróleo.(...) Dado que el objetivo de la acción pretendida, a saber, el mantenimiento de un alto nivel de seguridad de abastecimiento de petróleo en la Comunidad mediante mecanismos fiables y transparentes basados en la solidaridad entre Estados miembros, cumpliendo, al mismo tiempo, las reglas del mercado interior y de la competencia, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado*”. La base jurídica de dicha Directiva es el artículo 100 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

específicos de algunos Estados miembros, sin disponer jurídicamente de política propia en este ámbito, ni arbitrar suficientes medidas de coordinación energética, salvo en situaciones ciertamente excepcionales, dada la gravedad del conflicto y su duración. Por consiguiente, cabría pensar que ésta es un área no sólo sensible para la Unión en su conjunto sino susceptible de activación del mecanismo de Cooperaciones Reforzadas, por parte de un grupo de países, principalmente aquellos colindantes territorialmente suficientemente integrados desde la perspectiva de sus redes o sus intereses energéticos estratégicos y comerciales, y siempre desde la perspectiva de fomentar o salvaguardar los objetivos comunitarios de integración.

Con la adopción del Tratado de Lisboa, que reconoce a la seguridad del suministro, la garantía de los aprovisionamientos y el fortalecimiento de las redes como objetivos principales y contenido básico material de la nueva política energética, esta materia queda así formalmente emplazada y habilitada para, cumpliendo los requisitos del procedimiento, poder ser activada, como Cooperación Reforzada. La llamada en el cuerpo del propio artículo habilitador de una política energética europea a la “solidaridad” energética, pensada específicamente para procurar mecanismos que aseguren la seguridad de los aprovisionamientos o que evite su puesta en riesgo, refuerza, a nuestro juicio, esta interpretación.

La base jurídica para llevar a cabo una solicitud de Cooperación Reforzada en esta materia debiera apoyarse, a mi juicio, en los artículos 4.1 a), c) y f), así como en el artículo 194.1 b) del Tratado de Lisboa (Tratado de Funcionamiento de la Unión).

En cualquier caso vemos de qué forma previsiones contempladas en una norma clave para la construcción del mercado interior energético, como es la Directiva 2009 del sector eléctrico, convergen con las necesidades de articular contenidos fundamentales de la política energética común, en su dimensión exterior, como es el expediente de la seguridad del suministro. Señalábamos que la Directiva preveía que la Comisión pueda presentar recomendaciones para negociar este tema con terceros países. Cabría preguntarse ¿y si sólo un grupo de Estados aceptara las recomendaciones de la Comisión bajo el paraguas jurídico de una norma de mercado interior? ¿Sería posible reorientar idéntico planteamiento jurídico, bajo el instrumento de las Cooperaciones Reforzadas, en el contexto de un título propio de

la política energética? Entiendo que no deberían suscitarse, en principio, muchas dudas para albergar una respuesta positiva a tal interrogante.

5.2. Cooperaciones Reforzadas: Política Energética y Medio Ambiente.

Uno de los objetivos de la Política energética es la compatibilidad de sus medidas con respecto a la defensa o protección del medio ambiente, afirmada entre otros bienes jurídicos, en el contenido del reconocimiento del “desarrollo sostenible” como “valor” y “principio” de la Unión, al que otros objetivos, políticas y acciones deberán subordinarse.³⁰²

Cabe recordar que el Protocolo de Kyoto fue suscrito por la Unión Europea en abril de 1998, y aprobado por la Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 abril 2002³⁰³, *relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos adquiridos en el mismo*³⁰⁴.

³⁰² LOPEZ-IBOR MAYOR Vicente. Seminario sobre la Competencia en el Sector Eléctrico Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza Fundación Endesa Grupo Consolidado de Investigación ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio) Zaragoza, 25 de noviembre de 2008. Publicado en la Separata de la Revista Aragonesa de Administración Pública. Num. 34 2009

³⁰³ Decisión del Consejo 2002/358/CE, de 25 de abril de 2002, relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. Diario Oficial nº L 130 de 15/05/2002 p. 0001 – 0003.

³⁰⁴ Actualmente, la gestión sostenible es un término general que abarca el desarrollo ambiental, económico y social, así como el gobierno corporativo.

El mercado de carbono está contemplado en todas las estrategias de reducción, como uno de los pilares clave, que permite que las reducciones no sean tan costosas, a la vez que promueve la inversión en tecnologías limpias y eficientes.

El Protocolo de Kioto, define en sus artículos 12 y 17 los mecanismos de flexibilidad, que serán suplementarios a las medidas internas que adopte cada país. Los mecanismos de flexibilidad facilitarán el cumplimiento de los compromisos de los países Anexo I, a la vez que contribuirán al desarrollo sostenible de los países en desarrollo a través de la transferencia de tecnología.

Los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto son:

- Comercio de emisiones.
- Mecanismo de Desarrollo Limpio (MDL).
- Acción Conjunta (AC).

Con su firma y aprobación, la Unión Europea se comprometió a reducir sus emisiones antropogénicas globales de los gases de efecto invernadero en un 8% respecto a los niveles existentes en 1990, reducción que habría de producirse en un período de 4 años: 2008-2012. De esta forma, la Unión Europea en su conjunto, fuente emisora del 24.4% de los gases efecto invernadero del planeta establecía un reparto de cargas internas³⁰⁵ que diferenciaba entre aquéllos países cuya emisión, computada en toneladas per cápita de CO₂, se encontraba por encima de la media comunitaria, y los que cumplían con dichas exigencias medioambientales.

El establecimiento del Sexto Programa de Acción Comunitario en materia de Medio Ambiente³⁰⁶ define el Cambio Climático como una prioridad, y prevé el establecimiento de un régimen de comercio de derechos de emisión de gases efecto invernadero que cubre el período comprendido entre el 22 de julio de 2001 y el 21 de julio de 2012.

La Directiva 2003/87/CE³⁰⁷ establece un sistema de cuotas negociables. El sistema asigna “cuotas” de emisión de gases efecto invernadero a empresas que “contaminarán”

MDL y AC se denominan Mecanismos basados en proyectos, ya que las reducciones de emisión que generan proceden de inversiones en proyectos. El sistema de comercio de emisiones establece una cuota total de derechos de emisiones igual al límite global de las emisiones autorizadas.

Las Partes tienen la obligación de mantener la "Reserva del Periodo de Compromiso", que es una cantidad de unidades que no pueden ser utilizadas en el comercio de emisiones, y que garantizan un mínimo de cumplimiento. Las transferencias pueden llevarse a cabo por países o personas autorizadas, y serán registradas por un sistema internacional de registro (ITL). En torno al comercio de emisiones se encuentran Gobiernos, Empresas privadas, Fondos de Carbono, Traders, Brokers, Bancos, e iniciativas privadas de diversa naturaleza.

El Mecanismo de Desarrollo Limpio, regulado en los artículos 6, 12 y 17, del Protocolo, el Acuerdo político de Bonn, y los Acuerdos de Marrakech, permite a un país Anexo I (desarrollado o en economía de transición firmante del Protocolo de Kioto), obtener Reducciones Certificadas de Emisiones (RCEs) gracias a la inversión en proyectos de países no Anexo I (en desarrollo y firmantes del Protocolo de Kioto), para el cumplimiento de sus compromisos de limitación de emisiones derivados del Protocolo.

³⁰⁵ Consejo de Ministros de Medio Ambiente de la UE, celebrado en Luxemburgo en Junio de 1998.

³⁰⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el Sexto Programa de Acción de la Comunidad Europea en materia de Medio Ambiente 'Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos' - VI Programa de medio ambiente COM/2001/0031 final.

³⁰⁷ Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad y por la que se modifica la Directiva 96/61/CE del Consejo.

teniendo como límite máximo el nivel de derechos que se otorgan. Si dispusieran de excedente de cuota, esto es, si su emisión de gases no alcanzara el tope máximo previsto en la asignación, la empresa “limpia” podría transmitir el excedente a otra empresa. El derecho de emisión se configura como un derecho subjetivo de contenido patrimonial³⁰⁸. En los Planes Nacionales de Asignación³⁰⁹ se determinan el número de derechos subjetivos que se emitirán en cada periodo temporal.

Por consiguiente, aquí identificamos otro tema de gran importancia para el desarrollo del sector energético europeo en su relación con la protección medioambiental. Y también desde el prisma de su regulación. Si bien, la base jurídica de este bloque normativo se inscribe en el desarrollo de la política medioambiental, sus medidas concretas de aplicación alcanzan al sector energético y de forma particular al sector eléctrico. El mecanismo de comercio de emisiones es una realidad normativa en muchos Estados miembros, al punto que en algunos lo internalizan como un coste en las transacciones económicas de sus mercados mayoristas de electricidad³¹⁰.

Otro buen ejemplo en la materia lo presenta Joanne Scott³¹¹ en relación con las denominadas “*Directivas de autorización medioambiental integrada*”. Estas Directivas³¹² someten a autorización medioambiental algunas actividades industriales y agrícolas que presentan un elevado potencial de contaminación. En estas condiciones dicha autorización

³⁰⁸ La Directiva 2003/87/CE: en el art. 20, 1º afirma: “El derecho de emisión se configura como el derecho subjetivo a emitir una tonelada equivalente de dióxido de carbono desde una instalación incluida en el ámbito de aplicación de este Real Decreto-Ley”.

³⁰⁹ Plan Nacional de Asignación de Derechos de Emisión 2008-2012. Propuesta de 12 de julio de 2006.

³¹⁰ La Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre perspectivas del mercado interior del gas y la electricidad, COM(2006) 841 final, señala con claridad que los “*aumentos de precios se deben a muy diversas causas, entre ellas los costes más elevados de los combustibles primarios, la actual necesidad de inversión y la ampliación de las obligaciones ambientales, incluido el régimen comunitario de comercio de emisiones*”. En el mismo sentido, la Comunicación de la Comisión de 7 de diciembre de 2005, COM/2005/0627 final.

³¹¹ SCOTT Joanne. “Flexibility ‘Proceduralization’ and Environmental Governance” en el libro *Constitutional Change in the EU*. Pg. 259 – 280. Hart Publishing.

³¹² Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. Dicha norma modificó la Directiva 96/61/CE del Consejo de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación *DO L 257 de 10.10.1999*. La base jurídica de dicha Directiva es el apartado 1 del artículo 175 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

sólo podrá concederse con el cumplimiento de determinados requisitos medioambientales. Con estas medidas se pretende que las empresas asuman por sí mismas, en dicho contexto, labores de prevención y reducción de la contaminación³¹³.

El límite de emisiones o su equivalente establecido por las Directivas mencionada está basado en el principio de “las mejores prácticas disponibles” (BAT Best Available Techniques) sin prescribir el uso de cualquier técnica o tecnología específica, pero teniendo en cuenta sus características, localización geográfica y las condiciones medioambientales del lugar en que se establezca la instalación. Este principio de mejores prácticas, según Joanne Scott, deja un amplio margen al Estado miembro para que de forma discrecional determine la mejor forma de implementación de la Directiva.

El concepto de mejores prácticas admite una flexibilidad sustancial en cuanto a interpretación de sus términos y contenidos esenciales, lo cual incide directamente en la implementación –también flexible– de las normas contenidas en las Directivas. Por consiguiente cabría también estimar en qué medida –como en el comercio de emisiones– éste podía ser un campo susceptible de incardinación del mecanismo de Cooperaciones Reforzadas, no aisladamente, pero sí en un nuevo marco legislativo energía-clima, en el que se adoptarán determinadas medidas complementarias y agrupadas por el objetivo comunitario de asegurar una mayor protección medioambiental desde el ámbito industrial, y al mismo tiempo promover instrumentos que combinen libertad de mercado, flexibilidad de operación y compatibilidad medioambiental.

En este mismo sentido cabe referirse a la promoción o fomento de la eficiencia energética y las energías limpias y renovables. Capítulo energético que, como antes destacábamos, constituye uno de los pilares centrales de la política energética comunitaria tras el Tratado de Lisboa.

³¹³ La prevención y el control integrados de la contaminación se refieren a las actividades industriales y agrícolas que se definen en el anexo I de la Directiva 2008/1/CE (industrias de actividades energéticas, producción y transformación de los metales, industria mineral, industria química, gestión de residuos, cría de animales, etc.).

5.3. Cooperaciones Reforzadas en el ámbito nuclear, y cooperación internacional.

Subrayábamos en nuestras consideraciones iniciales que el Tratado EURATOM es uno de los fundacionales de la Comunidad Europea. Sin embargo, es cierto que no existe una misma valoración, compartida por todos los Estados miembros, sobre el grado de utilización de este tipo de energía en Europa, ni de su nivel de formulación política y económica o aceptación social.

A pesar de ello, los últimos años un buen número de países industrializados están adoptando medidas favorables a la extensión de la vida útil o de diseño de las centrales nucleares o a la preparación y propuesta de un nuevo programa de construcción de centrales nucleares. Un Acuerdo reciente suscrito entre diversos Estados de la Unión sobre esta materia y suficientemente representativo, es el adoptado entre Francia e Italia. Un país con clara implementación de esta tecnología de generación, y otro en moratoria las últimas décadas.

En efecto, el 24 de febrero de 2009 la República Italiana y la República Francesa celebran un Acuerdo de cooperación en el campo energético, principalmente para el desarrollo de diversas facetas, desde la investigación y desarrollo, y la seguridad de las instalaciones, hasta la eventual contribución al desarrollo operativo de la tecnología nuclear.

Ambas naciones reconocen que la electricidad producida por las instalaciones nucleares es una fuente no contaminante al no generar gases efecto invernadero, reduce la dependencia en cuanto a importaciones de combustibles fósiles, y asegura la producción eléctrica a un precio competitivo y estable a largo plazo.

Adicionalmente el Acuerdo señala la ventaja de compartir experiencias recíprocas en especial de los organismos gubernamentales y privados de ambas naciones encargados de la operación y control de las instalaciones generadoras de energía nuclear.

En su texto se afirma el deseo de fortalecer las relaciones energéticas en el sector de la energía nuclear entre los dos países en los aspectos institucionales, industriales y

comerciales, impulsando el desarrollo de una apertura real y efectiva para el desarrollo de la cooperación industrial y comercial y bajo el respecto por las normas comunitarias y la legislación nacional de cada ordenamiento.

Así las partes se comprometen mediante dicho Acuerdo a realizar una apertura mutua y reciproca de sus mercados energéticos en el seno de la Unión Europea, con el objetivo de mejora de las condiciones del cambio climático y un aumento en la eficiencia energética de ambas naciones. El Acuerdo contempla incluso la posibilidad de adoptar el compromiso formal de asumir, en determinados casos, una posición común, respecto a la problemática de la energía nuclear en la Unión Europea.

Aun cuando en este caso no cabe evidentemente utilizar, por falta de fundamentación, el mecanismo de Cooperaciones Reforzadas –pero imaginemos que fueran nueve los países signatarios-, es un claro ejemplo de cooperación entre Estados Miembros en un ámbito energético el cual reviste la mayor importancia y merece ser tenido, en mi opinión, considerado especialmente a la hora de atender el cumplimiento efectivo de algunos o varios de los objetivos que integran la nueva política energética comunitaria instituida en el Tratado de Lisboa. Tal pudiera ser el caso de que para poder estar en condiciones de garantizar la seguridad del suministro, determinados países decidieran acudir a utilizar el procedimiento de Cooperaciones Reforzadas, una vez, naturalmente, agotadas las vías de consenso necesario con los restantes países de la Unión Europea, y contando con el número necesario de países de acuerdo con su estructura energética actual y sus planes de configuración futura.

6. LA UNIÓN ENERGÉTICA EUROPEA: LA INSERCIÓN EFECTIVA DEL MERCADO INTERIOR Y LA POLÍTICA ENERGÉTICA COMÚN.

Recientemente se ha planteado la posibilidad de avanzar en la creación de una Unión Energética europea. Los antecedentes directos de tal propuesta deben encontrarse en el marco de las presiones recibidas por varios países de la Unión Europea por parte de su principal proveedor de gas natural, la Federación Rusa, con ocasión de diversos episodios y conflictos acaecidos en la última década, desde la crisis con Georgia, a la actual con

Ucrania. La reacción desde la perspectiva energética, a tales presiones encontró una respuesta política concreta en el entonces Primer Ministro polaco Tusk, que propuso la creación de una Unión Energética con facultades para las negociaciones conjuntas de compras de gas natural, es decir, una suerte de Central de compras de gas natural por la UE a sus proveedores externos, con la obvia pretensión de fortalecer la “facultad o poder de compra” de la UE y disminuir no sólo su dependencia, sino sobre todo su vulnerabilidad energética en las negociaciones con Rusia, actuando así imperativamente la “cláusula de solidaridad” contenida en el actual Tratado de la Unión, como mecanismo de asistencia mutuo en caso de interrupción del suministro de gas para uno o varios países de la Unión. Junto a ello, la propuesta Tusk, también contemplaba como otras medidas la expansión de la infraestructura gasista más allá de las fronteras comunitarias, pipelines de gas y, en su caso, petróleo, pero sobre todo la energía antes mencionada, y fortalecer la infraestructura de LNG europea, ampliando el número de Hubs existentes o previendo la creación de uno o dos grandes hubs gasistas europeos. En el mismo sentido se encuentra el propósito de utilizar intensivamente la infraestructura portuaria energética europea y abrir la posibilidad de desarrollar hidrocarburos no convencionales en territorio comunitario e importar dicha energía. La diversificación de suministros y el apoyo a la “política de vecindad energética”, o el refuerzo energético de la política de vecindad comunitaria con ciertas regiones o países, como los Estados bálticos, Moldavia y Ucrania, constituyen también elementos principales de la propuesta de Unión Energética Tusk. No cabe olvidar que el antiguo Primer Ministro polaco preside en la actualidad el Consejo Europeo.

El antiguo Presidente de la Comisión Europea, Jacques Delors, también ha participado y animado vivamente este debate, a través de las propuestas y reflexiones del Think Tank que él mismo preside, “Notre Europe”. En uno de sus documentos centrales sobre esta materia, “Notre Europe”, simpatiza en términos generales, o en sus grandes líneas, con la propuesta Tusk y, en particular, en el hecho de que la UE actúe unida y cohesionadamente en el marco negociador de los aprovisionamientos internacionales de gas, a fin de evitar los conflictos surgidos en los últimos veinte años. Así pues, después de enfatizar la importancia del sector energético para la construcción comunitaria, “Notre Europe” subraya que es necesario dotar de facultades de desarrollo propias a la política comunitaria, tanto en su dimensión interna, del mercado único energético, como en la exterior, a través de una fuerte

relación entre la política exterior y la energética y mediante la creación de una “diplomacia energética común europea”.

Si bien el corazón material de la propuesta Delors es coincidente con la “tesis Tusk” de promover la solidaridad interna europea en las negociaciones energéticas con proveedores y la creación de una “Agencia o Central de compras de gas”, el contenido del Informe de Notre Europe se enriquece con otras reflexiones de especial alcance sobre el tema, y formula un conjunto detallado de recomendaciones para mejorar la política y los mercados energéticos europeos y un medido catálogo de reformas. Los objetivos que la política europea de la energía debe fijarse se resumen en un mercado interno libre de restricciones y fortalecido con unas infraestructuras que completen el mapa de interconexiones europeas sin territorios aislados o “islas energéticas”, es decir, una red energética inteligente e integrada, unas medidas de estabilización de precios, una “cartera” energética europea diversificada, unas tasas energéticas específicas y una adecuada distribución de los recursos europeos propios, unos mecanismos de gestión de la crisis y la creación de reservas estratégicas y unos poderes en materia de relaciones exteriores que puedan traducirse en acuerdos de abastecimiento³¹⁴.

La Comunicación oficial de la Comisión europea sobre esta materia se centra en varias ideas centrales en los términos antes referidos. Entre ellos, nos parece clave la concreción y realización del mercado interior único.

La propuesta sobre Unión energética dedica una especial atención a este tema, eje vertebrador de la reforma. Por ello, se afirma que la Comisión utilizará todos los instrumentos políticos disponibles a este respecto e insistirá en que los Estados miembros apliquen plenamente y hagan cumplir el tercer paquete del mercado interior de la energía, en particular en lo que se refiere a la separación y a la independencia de los reguladores. Deben cumplirse determinadas condiciones *ex ante* de manera que los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos puedan utilizarse para cofinanciar inversiones en el sector energético.

³¹⁴ Ver Cristóbal Burgos Alonso. “Camino hacia la independencia energética de la UE”. Cuadernos de la Energía. Madrid. 2015.

En los términos expresados por la propia Comisión, el control de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia permitirá que la energía fluya libremente, eliminando las restricciones territoriales en los contratos de suministro y abordando las cuestiones relativas a la exclusión de los mercados ascendentes y descendentes y de las redes. A través de estos mecanismos se pretende que la Comisión evalúe la formación de los precios de la energía.

Desde la perspectiva institucional, es preciso fortalecer el reglamento del mercado único a nivel de la UE mediante un refuerzo significativo de los poderes y la independencia de la ACER para asumir funciones reglamentarias a nivel europeo, a fin de que pueda vigilar eficazmente el desarrollo del mercado interior de la energía y las normas de mercado conexas, y hacer frente a todas las cuestiones transfronterizas necesarias para crear un mercado interior homogéneo³¹⁵.

La Comisión va a preparar una propuesta legislativa ambiciosa para rediseñar el mercado de la electricidad, enlazando el mercado mayorista y el minorista. De este modo se pretende aumentar la seguridad del suministro y garantizar un mercado de la electricidad más adaptado a la transición energética, lo que debe permitir la plena participación de los consumidores en el mercado, en particular a través de la respuesta a la demanda. Una mayor integración, también a nivel regional, el aumento del comercio transfronterizo y el desarrollo de mercados a corto y largo plazo con una formación de precios efectiva enviarán las señales de inversión adecuadas y proporcionarán la flexibilidad necesaria para que puedan integrarse en el mercado nuevas fuentes de producción. Con tal propósito, la Comisión subraya el carácter de una reforma también orientada a favorecer los postulados de la llamada “transición energética”.

En tal sentido, un mercado interior de la energía plenamente operativo, que envíe señales de inversión eficientes, es la mejor manera de reducir la necesidad de mecanismos

³¹⁵ Cabe citar, a modo de ejemplo, las decisiones relativas a las nuevas infraestructuras que afectan a más de dos Estados miembros, las exenciones a la inversión de los flujos físicos en consonancia con el Reglamento sobre la seguridad del suministro de gas, la asignación de costes transfronterizos en virtud del Reglamento RTE-E u otras cuestiones similares.

de capacidad. La Comisión ya ha establecido orientaciones³¹⁶ y normas³¹⁷ para limitar los efectos negativos de intervenciones públicas mal diseñadas, fragmentadas y descoordinadas. No obstante, la aplicación efectiva de esas orientaciones sólo puede constituir un primer paso para garantizar que las diferentes disposiciones acordadas en los mercados nacionales, como los mecanismos de capacidad y los planes descoordinados de apoyo a las energías renovables, sean más compatibles con el mercado interior³¹⁸. Aunque en algunos casos resulten necesarias y justificadas para hacer frente a las deficiencias del mercado, algunas formas de intervención pública han tenido un gran impacto negativo en el funcionamiento eficaz del mercado interior de la energía. La Comisión colaborará con los Estados miembros para garantizar que los mecanismos de capacidad y de apoyo a la electricidad procedente de fuentes de energía renovables sean plenamente conformes con las normas vigentes y no distorsionen el mercado interior de la energía. También la regulación de los sistemas de apoyo a las energías renovables, es decir, todo el marco de subvenciones y la regulación del mercado de emisión están presentes en esta regulación. Así, se considera que las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente deben eliminarse por completo³¹⁹. La reforma del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión también desempeñará un papel importante al enviar las señales de inversión oportunas.

Igualmente, la Comisión garantizará una mayor transparencia en la composición de los costes y precios de la energía mediante el seguimiento y la presentación de informes periódicos y detallados, en particular sobre el impacto de los costes y precios de la energía en la competitividad. Se prestará especial atención a las intervenciones públicas, como las tarifas reguladas, las políticas de fiscalidad de la energía y el nivel de ayudas públicas, así

³¹⁶ Véase la Comunicación "Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública", C(2013) 7243.

³¹⁷ Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía, DO C 200 de 28.6.2014, p. 1.

³¹⁸ A pesar de que la aplicación de las orientaciones a los regímenes de ayuda aprobados hasta la fecha haya atenuado parcialmente los efectos de la fragmentación, se requieren nuevas medidas.

³¹⁹ Véanse las Comunicaciones "Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos", COM(2011) 571, y "Velar por la buena marcha del mercado interior de la energía", COM(2012) 663, de acuerdo con el compromiso del G20.

como a su impacto en los mecanismos de fijación de precios, incluido el déficit de tarifa eléctrica.

La integración de los mercados de producción de electricidad renovable exige mercados flexibles, tanto del lado de la oferta como del lado de la demanda, dentro y fuera de las fronteras de un Estado miembro. Por tanto, las redes de electricidad deben evolucionar de forma significativa. Es necesario ampliar las posibilidades de la producción distribuida y la gestión de la demanda, incluidos los mercados intradiarios, para desarrollar nuevas conexiones de alta tensión a larga distancia (superredes) y nuevas tecnologías de almacenamiento.

En una Unión de la Energía, los Estados miembros deben coordinarse y cooperar con sus vecinos para elaborar sus políticas de energía.

La ejecución técnica de los diferentes elementos de la estrategia de la Unión de la Energía será muy compleja. Algunos elementos, como las nuevas disposiciones de mercado para los mercados a corto plazo del gas y la electricidad o la integración de las actividades de los gestores de redes de transporte, deben desarrollarse y aplicarse a nivel regional, como un paso hacia la plena integración del mercado a nivel de la UE. Las disposiciones existentes, como el foro pentagonal de la energía o el plan de interconexión del mercado báltico de la energía (BEMIP), son iniciativas que deben consolidarse. El éxito obtenido en esas regiones debe servir de catalizador para otras regiones. La Comisión se asegurará de que todas las iniciativas regionales evolucionen de manera coherente y den lugar a un mercado único de la energía plenamente integrado.

Dada su especial vulnerabilidad, es necesario mejorar la cooperación, la solidaridad y la confianza en Europa Central y Sudoriental. La celebración de acuerdos de cooperación específicos contribuiría a acelerar la integración de esos mercados en un mercado europeo de la energía más amplio, lo que permitiría aumentar la liquidez y la resiliencia del sistema energético, así como la plena utilización del potencial de eficiencia energética y energías renovables de la región. La Comisión adoptará con carácter urgente y prioritario iniciativas concretas en este sentido.

Por lo que respecta al mar del Norte y el Báltico, la Comisión colaborará con los Estados miembros y la industria para aplicar una reducción de costes a esos sistemas de producción de energía en el mar.

Las variables de “consumer choice” y el desarrollo de las smart grids, como parte de la innovación tecnológica del sector y los específicos contenidos de la transición energética, también se revelan en el Informe comunitario. De modo que para empoderar a los consumidores, los Estados miembros y sus autoridades deben aplicar plenamente y hacer cumplir las normas europeas existentes, en particular las que se refieren a la protección de los consumidores. Los entes regionales y locales, por su parte, deben tomar las medidas de apoyo necesarias para que los consumidores dispongan de una información comprensible y accesible, herramientas sencillas e incentivos financieros para ahorrar energía.

Así se subraya finalmente que, las tecnologías inteligentes ayudarán a los consumidores y a las empresas energéticas que les presten servicios a aprovechar las oportunidades existentes en el mercado de la energía asumiendo el control de su consumo (y eventualmente recurriendo a la autoproducción).

CAPÍTULO TERCERO

LAS BASES Y PRINCIPIOS DE CREACIÓN DE UNA POLÍTICA ENERGÉTICA COMUNITARIA Y SU CORRELACIÓN CON EL PROCESO DE CREACIÓN DEL MERCADO INTERIOR DE LA ENERGÍA

1. LA POLÍTICA ENERGÉTICA EN EUROPA: ANTECEDENTES. INICIATIVAS Y DIFICULTADES PARA SU INSERCIÓN EN EL TRATADO DE LA UNIÓN. EL LIBRO VERDE SOBRE EL SUMINISTRO DE ENERGÍA. MARCO ESTRATÉGICO PARA LAS POLÍTICAS EN MATERIA DE CLIMA Y ENERGÍA.

1.1. Antecedentes.

La “paradoja energética” que ha representado el hecho de no disponer aún de una política energética común, a pesar de la “fundamentación” histórica y jurídica energética, de buena parte del acta fundacional europea, de la que emergen dos Tratados que regulan sendas energías primarias, ha hecho que, en su evolución histórica, se haya producido una correlación imperfecta entre el esfuerzo de edificar una política energética común y el desarrollo y avance de un mercado interior de la energía³²⁰.

El Protocolo de 8 de octubre de 1957, sobre coordinación de las políticas energéticas, representa el primer tratamiento global, desde el ámbito comunitario, de la energía. Este Protocolo, adoptado por la Alta Autoridad y el Consejo de Ministros, permitió el establecimiento de un Comité Conjunto al que se encomendó el estudio de las condiciones que permitirían el crecimiento económico y la expansión en el consumo de las distintas fuentes de energía.

En 1962 el Grupo Interejecutivo de la Energía, formado por miembros de los tres Organismos –Comisión CE, Comisión CEEA y CECA–, como Órgano de coordinación de las tres Comunidades en el ámbito energético presenta sus primeros documentos:

³²⁰ El 18 de abril de 1951 se firma en París el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y el 25 de marzo de 1957 los seis países firmantes del Tratado CECA firman en Roma, junto con el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Mercado Común, el Tratado EURATOM, Organización destinada a desarrollar la utilización pacífica de la energía atómica.

“Memorándum sobre la política energética” y “Estudio sobre las perspectivas energéticas de la Comunidad Europea a largo plazo”³²¹.

En abril de 1964 se firma un Protocolo en materia energética por los Gobiernos de los Estados miembros³²². En 1968 la Comisión elabora un estudio referente a la “situación actual” del mercado de la energía en la Comunidad³²³, que resume la situación de las fuentes de energía de los, por entonces, todavía seis Estados miembros, y en el que se esboza una “primera orientación para una política energética comunitaria”. Como decíamos, previamente se había acordado un Protocolo en abril del 64, relativo a los problemas energéticos, basado en el anterior del 57, en el que ya se ponía en evidencia el firme deseo de los seis Gobiernos de tratar de resolver el problema de la definición de una política común de la energía.

La preocupación de la Comisión por el suministro energético comunitario se vuelve a poner de manifiesto en el Consejo Europeo de París, de octubre de 1972³²⁴, en el que se subraya la necesidad de asegurar un abastecimiento seguro y duradero en condiciones

³²¹ Si bien en el Tratado de Roma no había ninguna referencia a la elaboración de una política común de la energía, su desarrollo posterior y la evolución de los acontecimientos impusieron su necesidad. Las competencias en esta materia estaban repartidas entre las tres Comunidades. La CECA se encargaba del carbón, el Euratom de la energía nuclear, y la CEE de los hidrocarburos y de la electricidad. Para lograr una coordinación comunitaria nuclear, en 1958 se creó el llamado «Grupo Interejecutivo de la Energía». La fusión posterior de los ejecutivos de las tres Comunidades, realizada el 1 de julio de 1967, solventó definitivamente esa dificultad.

³²² El Protocolo fue firmado el 21 de abril de 1964, y según el mismo las Comunidades habían de asegurar la armonización de las políticas nacionales y aplicarla en toda una serie de áreas:

- Política comercial y aprovisionamiento desde terceros países.
- Régimen de ayuda de los Estados a la industria.
- Reglas de concurrencia para evitar la discriminación según las distintas fuentes de energía.
- Racionalización de las empresas del carbón, para adaptarlas a las condiciones del mercado.

³²³ La «Primera orientación para una política energética comunitaria» se hizo pública el 18 de diciembre de 1968. Este documento planteaba dos exigencias: proporcionar a la industria la energía al menor coste posible, y garantizar la rentabilidad de la producción comunitaria de carbón. Conjugando esos dos prerequisites, se hacía una previsión a largo plazo de las necesidades comunitarias, a completar con una serie de exámenes coyunturales, anuales, a cargo de la Comisión; con la previsión de un monto adicional para la eventualidad de una crisis de abastecimiento.

³²⁴ La Conferencia de los Jefes de Estado o de Gobierno de los Países de la CEE, también conocida como II Conferencia Europea de Alto Nivel, en la que participaron los Jefes de Estado y de Gobierno de los nueve países que desde el 1º de enero de ese año integraban las Comunidades europeas, se celebró en París los días 19 a 21 de octubre de 1972.

económicas satisfactorias. A continuación la Comisión elabora un documento fechado en octubre de 1972, que lleva por título “Los progresos necesarios en la política energética comunitaria”, que fue adoptado por el Consejo de 22 de mayo de 1973.

En diciembre de 1973 la Comunidad reacciona a la crisis del petróleo iniciada en octubre de ese año. En un documento anexo a la Comunicación final, los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo Europeo reunidos en Copenhague, definen las directrices principales que deberán seguir las medidas, cuya rápida adopción es considerada indispensable. En esta misma reunión de 18 de diciembre el Consejo Europeo decide la creación de un Comité de la Energía,³²⁵ que elabora un calendario con, entre otros, los

³²⁵ La Conferencia de la Cumbre de Copenhague en que se reunieron los Jefes de Estado y de Gobierno y de los Ministros de Relaciones Exteriores de los Países de la CEE que se celebró los días 14 y 15 de diciembre de 1973, también contó con una delegación de la Liga Árabe. El Comunicado Final de la Conferencia establece:

“Los Jefes de Estado o de Gobierno consideraron que la situación creada por la crisis de la energía constituye una amenaza para el conjunto de la economía mundial que afecta no solamente a los países desarrollados, sino igualmente a los países en vías de desarrollo. Una penuria prolongada de los recursos en energía provocaría graves consecuencias para la producción, el empleo y la balanza de pagos de la Comunidad.

Esa es la razón de que los Jefes de Estado o de Gobierno conviniesen en la necesidad de que la Comunidad adopte inmediatamente medidas eficaces según las modalidades siguientes.

El Consejo debería adoptar inmediatamente las disposiciones comunitarias necesarias con objeto de autorizar a la Comisión a que establezca antes del 15 de enero de 1974 balances energéticos exhaustivos que engloben todos los aspectos importantes de la situación energética en la Comunidad.

Basándose en ello, la Comisión debería proceder a un examen de todas las repercusiones actuales o previsibles que la situación del abastecimiento en energía podría ejercer en la producción, el empleo, los precios y las balanzas de pagos, así como en la evolución de las reservas monetarias.

Los Jefes de Estado o de Gobierno piden a la Comisión que presente antes del 31 de enero de 1974 proposiciones sobre las que se invitará al Consejo a estatuir lo antes posible, y en principio antes del 28 de febrero de 1974, con miras a garantizar un funcionamiento ordenado del mercado común de la energía.

En este contexto, se ruega a la Comisión que someta lo antes posible al Consejo, para decisión rápida, proposiciones tendentes a resolver de manera concertada los problemas que plantea la evolución de la crisis actual de la energía.

Por las mismas razones, piden al Consejo que adopte disposiciones que garanticen que todos los Estados miembros adopten según bases concertadas y equitativas medidas con miras a restringir el consumo de energía.

Con objeto de garantizar el abastecimiento en energía de la Comunidad, el Consejo adoptará un programa comunitario global relativo a las fuentes de energía de recambio. Este programa debería promover una diversificación del abastecimiento desarrollando los recursos existentes, acelerando la búsqueda de nuevas fuentes de energía y creando nuevas capacidades de producción y en particular una capacidad europea de enriquecimiento del uranio buscando un desarrollo concertado y armonioso de los proyectos existentes.

siguientes temas: elaboración del balance energético en la Comunidad; informe de la Comisión sobre las repercusiones previsibles o actuales que la situación del abastecimiento energético podría tener en la producción, el empleo, los precios y la balanza de pagos, así como la evolución de las reservas monetarias.

También se plantean diversas proposiciones referentes a la resolución de los problemas que plantea la evolución de la crisis de la energía y a las restricciones concertadas y equitativas del consumo de energía, y proposiciones con vistas a la cooperación con los países productores de petróleo en el ámbito de la política comunitaria. Pero lo más relevante de todo en orden, a la consecución coherente de los objetivos comunitarios, es que se afirma la necesidad de crear “un mercado común de la energía”.

En el sector de la electricidad, en enero de 1974 la Comisión transmite al Consejo una Propuesta de Directiva para obligar a los Estados miembros a mantener un nivel mínimo de reservas de combustibles fósiles en las centrales térmicas. En dicha Propuesta, la Comisión estima necesario constituir y mantener un nivel mínimo de stocks en las centrales para permitir, en todo momento, la continuación de la producción de la energía durante un período mínimo de 50 días, si bien el Consejo, un año más tarde, lo reduce a 30 días³²⁶.

Los Jefes de Estado o de Gobierno confirmaron la importancia que conceden la apertura con los países productores de petróleo de negociaciones sobre un régimen global que comprenda: una cooperación amplia con miras al desarrollo económico e industrial de estos países; inversiones industriales; y el abastecimiento estable de los países miembros, de energía a precios razonables.

Los Jefes de Estado o de Gobierno consideraron además que era conveniente estudiar con otros países consumidores de petróleo, en el marco de la O.C.D.E., los medios de tratar los problemas energéticos comunes a corto y a largo plazo que se plantean a los países consumidores.

El Consejo debería instituir rápidamente un comité de la energía compuesto por altos funcionarios, responsable de la aplicación de las medidas de política energética aprobadas por el Consejo.”

³²⁶ Ver a tal respecto, entre otras, las siguientes disposiciones:

- Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) n° L 178, de 9.7.75, sobre limitación de la utilización de gas natural en centrales eléctricas.

- DOCE n° L 178, de 9.7.75, sobre limitación de la utilización de productos petrolíferos en centrales eléctricas, Directiva 405/75, de 14 de abril de 1975.

- DOCE n° L 153, de 13.6.75, sobre mantenimiento de un nivel mínimo de stock de combustibles en las centrales térmicas, Directiva 339/75, de 20 de mayo de 1975.

La Comisión aprobó el 27 de noviembre de 1974 una Comunicación al Consejo³²⁷ sobre las orientaciones para el sector eléctrico en la CEE.

En la misma se considera, en el marco de las orientaciones que deben establecerse, que para el desarrollo del sector de la electricidad son necesarias las siguientes acciones:

- Aumento de la capacidad del parque de centrales que utilizan combustibles sólidos; aceleración de los programas de equipamiento nuclear; limitación de la construcción y utilización de nuevas centrales de fuel-oil; constitución de stocks de seguridad de combustibles fósiles junto a las centrales térmicas clásicas.
- Sustitución progresiva de los productos petrolíferos por la electricidad en aplicaciones en las que se garantice un uso racional de la misma.
- Toma en consideración, para la producción de electricidad, de recursos preferentes a las formas de energía que actualmente son difícilmente utilizables en otras aplicaciones (hidráulica, nuclear, combustibles sólidos, productos residuales y desechos), limitando el consumo de gas natural y de productos petrolíferos en centrales.
- Aumento de la regularidad de la demanda de electricidad para una mejor utilización de las capacidades de producción y de transporte, promocionando las aplicaciones de la energía eléctrica “fuera de punta” mediante medidas tarifarias apropiadas.
- Promoción del acoplamiento entre producción de electricidad y producción de calor con el fin de limitar desechos térmicos y de atender a una utilización más racional de la energía primaria.

- DOCE nº L 271, de 15.10.80, Reglamento 2618/80, de 7 de octubre de 1980, sobre mejora de la seguridad de los abastecimientos.

³²⁷ COM(74) 1970 final.

- Mejora de la economía y seguridad de los suministros mediante una interconexión óptima de las redes de transporte.
- Establecer normas armonizadoras en materia de protección medioambiental a nivel comunitario.
- Desarrollo tecnológico en los medios de producción, transporte y utilización racional de la energía.
- Política común de financiación de las inversiones muy importantes a realizar en el sector de la electricidad en el curso de los próximos años.

Con posterioridad se adoptan una serie de medidas concretas de ejecución en materia de utilización de determinadas energías en instalaciones eléctricas³²⁸, limitación de utilización de productos petrolíferos³²⁹, mantenimiento de niveles mínimos de stocks en

³²⁸ Limitación de la utilización del gas natural en centrales eléctricas (Directiva 404/75 de 13 de febrero de 1975). D.O. nº L 178 de 9.7.75.

Los Estados miembros deben someterse a una autorización previa a:

- la prórroga de los contratos de suministro existentes y a la construcción de nuevas centrales de gas natural;
- la construcción de nuevas centrales eléctricas que utilicen exclusiva o principalmente combustibles petrolíferos, así como la conversión de las centrales existentes con el fin de utilizar tales productos;
- la posibilidad de equipar centrales de uso bivalente permitiendo el uso de la hulla como combustible de sustitución.

³²⁹ Limitación de la utilización de productos petrolíferos en centrales eléctricas (Directiva 405/75 de 14 de abril de 1975). D.O. nº L 178 de 9.7.75.

Al igual que con el gas natural, el Consejo prevé limitar el uso de combustibles derivados del petróleo con la finalidad de estimular el empleo del carbón y favorecer la construcción de centrales nucleares. La construcción de nuevas centrales que utilicen combustibles petrolíferos está sometida a una autorización previa.

centrales térmicas³³⁰, deberes de información en proyectos de inversión³³¹, estructura tarifaria³³², y ahorro de energía³³³.

³³⁰ Mantenimiento de un nivel mínimo de stocks de combustibles en las centrales térmicas (Directiva 339/75 de 20 de mayo de 1975). D.O. nº L 153 de 13.6.75.

Los Estados miembros deben adoptar las disposiciones necesarias para que las centrales térmicas de potencia superior a 100 MW mantengan un nivel permanente de stocks de combustibles fósiles que les permitan asegurar el suministro eléctrico durante un período mínimo de treinta días.

Se debe notificar obligatoriamente a la Comisión cada 1º de enero, abril, julio y octubre, la situación de los stocks.

³³¹ Reglamentos sobre deberes de información en materia de inversiones eléctricas [Reglamento 1056/72 de 18 de mayo de 1972 (D.O. nº L 120 de 25.5.72) y Reglamento 1215/76 de 4 de mayo de 1976 (D.O. nº L 140 de 28.5.76)].

Las empresas eléctricas deben comunicar a la Comisión los proyectos de inversión de interés comunitario en los sectores del petróleo, del gas natural y de la electricidad, antes del 15 de febrero de cada año. En lo que a la electricidad se refiere, esta obligación afecta a los proyectos relativos a la producción y al transporte cuya ejecución deba comenzar normalmente en el plazo de tres años.

En lo que concierne a la electricidad, las modificaciones propuestas implican esencialmente:

- la comunicación de proyectos de inversión cuya ejecución debe comenzar en el plazo de tres años se amplía a cinco;
- la comunicación obligatoria de informaciones relativas al estado de decisión en que se encuentra cada proyecto de inversión y de su situación en relación con la planificación nacional;
- la ampliación de la obligación de notificar a la Comisión los proyectos relativos a instalaciones de producción de electricidad equipados con reactores nucleares y a líneas de transporte de alta tensión.

³³² Estructura tarifaria (Recomendación 924/81 de 27 de octubre de 1981). D.O. nº L 337 de 24.11.81.

La estructura tarifaria que se preconiza tiende a una utilización más racional de la energía y a disminuir la distorsión de los precios mediante el aumento de su transparencia. A este fin, se ha sugerido un cierto número de principios destinados a favorecer una formación más coherente de los precios: aplicación generalizada de tarifas binómicas, eliminación de tarifas de carácter promocional, aplicación de tarifas múltiples a niveles de precios diferenciados y exclusión de influencias exteriores en el establecimiento de tarifas.

En España, el 6 de mayo de 1983 se firmó un Protocolo de acuerdo entre el Gobierno y el sector eléctrico cuyo objetivo era practicar una política tarifaria que permitiera una rentabilidad suficiente a las empresas del sector, garantizara el pago del capital y asegurara una adecuada dotación para las inversiones.

Las tarifas eléctricas quedan sometidas a un control por las autoridades nacionales, son promulgadas por Decreto-Ley y publicadas en el BOE. Ello supone el que se formación esté desvirtuada por los objetivos de la política socio-económica, apareciendo dificultades sociales y políticas para incrementarlas.

Las directrices del PEN en relación con el establecimiento de las tarifas eléctricas se basan en el principio general que determina que los precios de las mismas deben reflejar cada vez con mayor fiabilidad los costes de los abastecimientos. La estructura tarifaria se deriva de dos aspectos:

- Componentes que forman parte en la determinación de la tarifa básica:

- Término de potencia, que valora los costes fijos necesarios para abastecer la potencia máxima demandada por el usuario.
- Término de energía, relacionado con los costes variables necesarios para suministrar cada kWh consumido.
- Tensión de alimentación, consecuencia de que al realizarse el abastecimiento a tensiones inferiores a 400 kV (tensión a la que se transporta la mayor parte de la energía eléctrica), se incrementan los costes debidos a las pérdidas de transformación.
- Utilización que recoge la variación de los costes en función de las horas de uso.

— Complementos que se aplican de forma porcentual sobre los importes de los términos de potencia o energía de la tarifa básica. Su principal función es dotar a la tarifa de flexibilidad, y son cuatro: discriminación horaria, discriminación estacional, consumo de energía reactiva e interrumpibilidad.

Para el año 1987, el diseño de la estructura de tarifas introduce algunas modificaciones:

— corrige la distorsión introducida en 1986, como consecuencia del efecto que tenía el cambio de fiscalidad al entrar en vigor el IVA;

— elimina el recargo transitorio que existía en el alumbrado junto a la aplicación del complemento por energía reactiva;

— fomenta el consumo reactivo;

— siguiendo las directrices de la CEE en su Recomendación 924/81 de 27 de octubre, se han aumentado las diferencias existentes entre las tarifas correspondientes a los abonados que reciben la energía a mayor tensión y se ha favorecido a los consumidores de mayor utilización.

Se intenta mantener una tarifa básica sencilla y lo suficientemente flexible para que mediante la aplicación de complementos, se pueda conseguir un mejor ajuste entre oferta y demanda de energía.

Aquellas tarifas para 1987 se establecieron por el Real Decreto 162/1987 de 6 de febrero (BOE nº 33 de 7.2.87). En su Disposición Final se fija la intención de disponer de un marco de referencia estable que permita hacer previsiones sobre la evolución de las tarifas.

³³³ A raíz de la primera crisis petrolífera en 1973 se ha ido generalizando la idea de adoptar medidas significativas en materia de utilización racional de la energía y de ahorro energético en los distintos sectores, como parte integrante de los objetivos de la política energética comunitaria.

La Comisión, a partir de 1971, se preocupó de establecer una nueva base jurídica para la concesión de ayudas a la industria hullaera. De esta forma se aprobó la Decisión 3/71/CECA de 22 de diciembre de 1970 (D.O. nº L 3 de 5.1.71), relativa al mismo concepto que las anteriores, y en la que la Comisión autorizó la concesión por los Estados miembros de ayudas destinadas a compensar las cargas debidas a un cierre parcial o total de instalaciones, ayudas a favor de gastos de inversiones, de formación y estabilidad de personal, y de ayudas a la constitución y mantenimiento de stocks excepcionales destinados a aumentar la elasticidad de la oferta en carbón comunitario.

La Comisión adoptó también el 25 de febrero de 1976, la Decisión 528/76/CECA (D.O. nº L 63 de 11.3.76) relativa al establecimiento de un régimen comunitario de intervenciones de los Estados miembros a favor de la industria hullaera, y apoyaba a las orientaciones a medio plazo para el carbón 1975–85. Esta Decisión, aplicable por un período de diez años a contar desde el 1 de enero de 1976, permitía a los Estados miembros otorgar ayudas a la industria de la hulla con el fin de facilitar la estabilidad a largo plazo de las extracciones e incluso aumentarla.

El artículo 3 del TCE que enumera las acciones de la UE para tener en cuenta las modificaciones después del AUE. Las letras d, l, n, o, p, s y t de este artículo reflejan las competencias comunitarias introducidas por el Tratado de Maastricht. Sin embargo, aquellas nuevas competencias no son abordadas de igual forma, observando un distinto grado de comunitarización. De esta forma en el ámbito medioambiental se habla de “política”, pero en protección civil, turismo y energía, queda limitado su alcance desde la perspectiva de atribución de poderes, empleándose la expresión limitativa de “medidas”.

Por ello en la Declaración 1ª del Tratado de la Unión Europea relativa a la protección civil, energía y turismo, la Conferencia Intergubernamental que negoció dicho Tratado declaraba que en la Conferencia Intergubernamental a convocar en 1996, y en cuyo seno se negoció el Tratado de Ámsterdam, fuese examinada la cuestión de la introducción en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, de los Títulos relativos entre otros al ámbito de la energía, como señalábamos en páginas precedentes.

Conviene recordar, por otro lado, que en el Informe de la Comisión al Consejo relativo a la protección civil, el turismo y la energía, de 3 de abril de 1996³³⁴, que constituyó el documento sobre el que se iniciaron las negociaciones en esta materia, se propuso una estrategia para integrar el objetivo de cohesión económica y social con la política energética y, simultáneamente, utilizar la energía como vector de refuerzo de esa cohesión. Señaló, además, la necesidad de organizar, racionalizar y ajustar los elementos dispersos para garantizar la coherencia del conjunto y llegar a un mejor ejercicio de las competencias existentes.

A pesar de lo anterior y la obligación de abordar en el proceso de negociación de la Conferencia este Capítulo, la CIG no llegó a ninguna modificación de los Tratados relativa a la energía, la protección civil o el turismo.

En años posteriores, la Comisión fue fijando, en distintos documentos, la dinámica de las estrategias y objetivos comunitarios en materia de política energética previstos para 1985, 1990 y 1995.

³³⁴ Informe de la Comisión previsto en la Declaración nº 1 del TUE, relativa a la introducción de un Título relativo a Energía, Turismo y Protección Civil en el TCE. CONF 3838/96. Informe de la Comisión al Consejo relativo a la protección civil, el turismo y la energía, de 12.4.96.

En su Informe sobre esta materia³³⁵ señaló que *“los puntos esenciales de los Tratados CECA y EURATOM, atinentes a la política energética y las otras consideraciones relacionadas con ella, deberían integrarse en un mercado común de política energética. Lo cual debería contribuir a asegurar una cooperación global en materia de seguridad del aprovisionamiento y de protección del medio ambiente”*.

Bélgica propuso en noviembre de 1996 un nuevo Título (XV bis) relativo a la energía (que no prosperó en la reunión de los Representantes personales del Consejo de 27 y 28 de enero de 1996, aunque en la misma se incorporaban notas de gran interés como la obligación de servicio universal, o la autorización de ciertas ayudas de Estado) e integrado por un sólo artículo, con el objetivo de establecer y coordinar objetivos e instrumentos de una política energética común a escala europea. Esta política, en línea con lo aportado en páginas anteriores, debería garantizar los aprovisionamientos, favorecer la planificación de los recursos energéticos, promover la utilización racional de la energía y contribuir a la cohesión económica y social.

Nada concreto se avanzó en el resultado de la Conferencia Intergubernamental que culminó con la adopción del Tratado de Niza³³⁶, en esta materia, permaneciendo inalterada la ausencia de una política energética comunitaria, hasta la adopción en Lisboa de una nueva modificación al Tratado de la Unión tras el fracaso del proyecto constitucional, y respecto del texto adoptado en Niza. A pesar de ello coincidimos con José María Gimeno cuando sostiene -al referirse a aquellos momentos- que si bien es cierto que no existía formalmente esa política común de la energía, si existían acciones y otros instrumentos jurídicos que van a permitir su diseño material. En virtud del art. 3 t) la Unión Europea ya disponía de competencias para adoptar disposiciones comunes a todos los Estados miembros en materia de energía, y en ese sentido se pronuncia la Declaración Aneja del Tratado³³⁷.

³³⁵ Dictamen del Parlamento Europeo sobre el funcionamiento del Tratado, de 15 de mayo de 1995 (DOCE C 151, de 19.6.1995, págs. 56 y ss.).

³³⁶ Ver Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 10 de marzo de 2001 (2001/C 80/01).

³³⁷ Ver J.Mª Gimeno “La política energética comunitaria.El Tratado de la Carta de la Energía. Abril 2002.; también la reflexión de S. Muñoz Machado a la que se alude asimismo en este trabajo abundando en la virtualidad del Tratado como cauce para la comunitarización de las políticas económicas nacionales y , entre

La progresiva articulación de una política energética de responsabilidad comunitaria, sigue subrayando Gimeno, implica que la Unión Europea asume el poder de dirección, modalización y control de esta actividad, correspondiéndole, por tanto, la determinación de los principios y directrices básicas a las que obligatoriamente se deberán adecuar los ordenamientos jurídicos nacionales. Tal política energética común se apoyaría sobre los cuatro principios siguientes, en opinión del referido autor y conforme a las posiciones expresadas por la Comisión Europea sobre esta misma materia: a) Gradualidad en la aplicación de las medidas; b) Subsidiariedad, de tal manera que cada Estado pueda elegir el régimen compatible que más le convenga; c) Mínima reglamentación comunitaria y; d) Máximo acuerdo político a través de la vía del art. 95 TCE.³³⁸

Desde distintas instancias comunitarias se ha pretendido elaborar una estrategia normativa que condujera a la definición de una política energética común³³⁹, y señaladamente la Comisión, y el Parlamento Europeo, especialmente activo en esta materia en aquellos años.

ellas, la energética: "probablemente el ensanchamiento progresivo de las atribuciones económicas de la Comunidad y el fortalecimiento de la unidad europea, a partir del Acta Unica y del Tratado de la Unión Europea, conduzcan inevitablemente a una uniformidad progresiva de las políticas económicas nacionales sometiendo a todos los agentes e instrumentos económicos an una disciplina única formada sobre el patrón de la iniciativa privada en el mercado libre". Público y privado en el mercado europeo de la televisión, Civitas, Madrid 1998.

³³⁸ Ver el trabajo de J.Mª Gimeno antes citado, así como la aproximación que realizo en "Política energética comunitaria: ¿una nueva política común? Noticias de la Unión Europea núm 10. 1994 V. López-ibor Mayor.

³³⁹ El Parlamento Europeo ha elaborado y debatido ya, sin embargo, en profundidad este aspecto clave de la construcción económica y social comunitaria, manifestando que sin una política energética común, habría que reforzar las estructuras nacionales que todavía permiten confiar en una seguridad de aprovisionamiento, pero que distan de favorecer la integración.

Ver, a tal respecto, la Resolución de 12 de marzo de 1994, en la que se manifiesta que la política energética en nuestra Comunidad no es común. Lo más que puede afirmarse es lo que dice el Grupo de expertos que se manifestaron en uno de los documentos de la serie titulada "Energía para un nuevo siglo: la perspectiva europea", que la Dirección General de la Energía dio a conocer con motivo de la reunión celebrada en Bruselas en mayo de 1990: es decir, que esta política está emergiendo. Poco antes el Club de Bruselas había reconocido que *"la Comunidad no puede legalmente hacer gran cosa desde su propia autoridad por su propia energía"*. Este mismo Club de Bruselas destacaba la ironía de que los Doce pretendieran fusionar globalmente sus economías, sus bancos centrales y sus monedas en los años próximos, manteniéndose, en cambio, *"sobre el plano energético en una perspectiva anticuada de independencia nacional de cada Estado de la CE"*.

Por otro lado, en la Comunicación de la Comisión COM (93) 645 final, 14.2.1994, se afirmaba **la necesidad de integrar el objetivo de cohesión económica y social en la política energética.**

En este sentido, las políticas energéticas comunitarias revisten claramente este carácter transversal y su aplicación influye de forma decisiva en parámetros fundamentales de la cohesión económica y social como es la actividad económica, la calidad y el medio ambiente.

Los principales objetivos de la política energética comunitaria serán, en todo caso, la seguridad de abastecimiento, la promoción de eficiencia energética, la utilización de energías renovables, la reducción de las repercusiones negativas en el medio ambiente, así como la realización del mercado interior de la energía. Esta política energética se desarrolla en un contexto y en situaciones nacionales, regionales y locales muy dispares, por lo que es necesaria esa integración de la política energética en el objetivo de cohesión y asumir su papel de vector importante para lograr ese objetivo. Para ello la Comunidad podrá aportar una contribución en este sentido, pero los Estados miembros y las regiones también deberán asumir el carácter prioritario que reviste para ellos esta cuestión.

Se trata de aplicar en este caso el principio de subsidiariedad de forma que los Estados miembros y las regiones tengan en cuenta el componente energético en sus programas de desarrollo regional, establezcan medidas de carácter institucional y reglamentario y pongan los medios financieros necesarios para la aplicación de medidas que permitan disminuir las desigualdades de acceso a la energía. La Comunidad, por su parte, y de acuerdo con una “Estrategia de medidas” reiterada, a lo largo de los años sobre esta materia, definirá una estrategia y llevará a cabo las medidas complementarias necesarias analizando en cada caso la “oportunidad” de su actuación y la naturaleza y alcance de la misma³⁴⁰.

³⁴⁰ Estrategia y orientación de las medidas complementarias de la Comunidad.

La Comunicación de la Comisión tiene por objeto proponer un planteamiento global de la problemática comunitaria en materia de energía y cohesión, poniendo de manifiesto el papel que pueda desempeñar la energía para lograr una mayor cohesión. En este sentido la estrategia comunitaria trata de poner en marcha una serie de medidas complementarias centradas en las infraestructuras energéticas, la eficiencia energética y el aprovechamiento potencial endógeno de regiones.

Esta estrategia se articularía en torno a dos principios:

— El principio “**política energética / cohesión**” que tiene en cuenta el factor cohesión dentro de la política energética a través de los programas ya elaborados o que se están preparando dentro de esta política (THERMIE, SAVE, ALTENER, JOULE,...), así como la realización del mercado interior de la energía y el desarrollo de redes transeuropeas de energía.

— El principio “**otras políticas / cohesión**” que tiene en cuenta las posibilidades de la energía como vector de cohesión en las demás políticas mediante la adopción de medidas complementarias y el fomento de los proyectos energéticos de los programas de desarrollo regionales, y la integración de los componentes relacionados con la energía en las nuevas iniciativas comunitarias. Entre estos componentes, cabría señalar:

La energía transfronteriza: parece necesario coordinar las iniciativas entre regiones fronterizas para que puedan racionalizar la gestión de sus redes de transporte y distribución de energía y aprovechar mejor su potencial endógeno.

La energía y el mundo rural, las islas y regiones ultraperiféricas: donde la diversificación de las actividades económicas depende en gran medida de que se mejore el acceso a la energía y se aproveche el potencial endógeno.

La energía y el medio urbano: debido a las interacciones entre la energía, el medio ambiente y la economía y su incidencia en las condiciones de vida. En relación con la mejora del abastecimiento energético conviene señalar la importancia de la planificación, la construcción y mantenimiento de infraestructuras de distribución de energía, de gestión energética y la explotación de las fuentes de energía renovables y los residuos.

Finalmente la Comisión invita al Consejo a tomar nota del análisis realizado por la Comisión y de su intención de:

— Garantizar la consideración del objetivo de reforzar la cohesión económica y social en las medidas llevadas a cabo dentro de la política energética comunitaria.

— Velar porque las potencialidades de la energía como elemento de cohesión se integren en las demás políticas comunitarias.

— Integrar los componentes relacionados con la energía, dentro de las nuevas iniciativas comunitarias financiadas por los fondos estructurales.

Asimismo la Comisión invita al Consejo a que recomiende a los Estados miembros que integren el componente “energía” en los planes y programas de desarrollo regional.

Por su parte, el CES ha considerado que la aplicación del **principio de subsidiariedad** en este campo debe hacerse con el criterio de transferir a favor de la Unión Europea las competencias, actualmente ejercidas por las Administraciones nacionales, que se justifiquen en el marco de la eficacia real que persigue el principio de subsidiariedad. En este contexto, el CES considera que la Unión Europea debería tener capacidad suficiente en áreas tales como la seguridad del aprovisionamiento, la armonización de los aspectos fiscales, medioambientales y de servicio público en el sector de la energía.

Estas consideraciones se reflejan en su propuesta de capítulo de energía.

1.2. Los objetivos de la política energética futura.

En el sentido referido se han expresado, desarrollando los capítulos y objetivos que debe atender una política energética, el Consejo y la Comisión Europea, a través de sendos Libros Verdes sobre esta esfera de actuación³⁴¹.

Los objetivos de la política energética comunitaria se examinan en función de los retos que se han identificado. Así, los objetivos serían, por un lado asegurar la satisfacción de las necesidades de los consumidores individuales e industriales al menor coste, y en condiciones que garanticen la seguridad del aprovisionamiento y la protección del medio ambiente. Junto a ellos, el de alcanzar una mayor cohesión económica y social, constituyen los ejes alrededor de los cuales se articula el primer Libro Verde sobre este tema. Sin embargo, la Comisión es consciente de que algunos de los objetivos señalados pueden ser contradictorios por lo que entiende que deberán establecerse unos principios reguladores que permitan alcanzar un equilibrio entre los principios citados.

El Libro Verde identifica, también, una serie de lagunas e insuficiencias en la situación actual, estableciéndose en consecuencia unas orientaciones políticas que permitan mejorar dicha situación, y que son:

³⁴¹ DEVOLUY, Michel. *Les Politiques Economiques Europeennes*. Inedit. Economía. Ediciones Le Seuil. París 2004.

“Pero Europa -no es solamente un espacio económico-. Es igualmente una forma, en cierto modo aún incompleta, de identidad política. La Unión Europea, *la Unión* como la denominamos frecuentemente, prolonga y amplifica la idea de una comunidad de intereses. Esta Unión hace su aparición oficial con el Tratado de Maastricht firmado en febrero de 1992, que entra en vigor el 1 de noviembre de 1993. La Unión se funda sobre la Comunidad Europea y define unas cooperaciones intergubernamentales dentro de dos ámbitos novedosos: la política extranjera y de seguridad común (PESC), y de los asuntos exteriores y de justicia. Y la historia europea continúa avanzando. La convención para el futuro de Europa presentó ante Salónica en junio de 2003 a los Jefes de Estado y de Gobierno un proyecto de Tratado instituyendo una Constitución para Europa. Una Constitución representa un paso simbólico y político considerable, y traduce una identidad y expresa una voluntad de construir un destino compartido.

Las políticas económicas participan a la edificación de la historia común, pero no se encuentran solas. Las políticas de exterior y de defensa juegan también su rol. La ambición de la Unión en materia económica está enunciado en el artículo 2º del Tratado instituyendo la Comunidad Europea que señala: *que la Comunidad tiene por misión,...*”

- La necesidad de reforzamiento de la concertación y de la cooperación entre los decisores y los actores de la política energética en la Comunidad. A través de este reforzamiento deberá contribuirse a la convergencia de las políticas comunitarias y nacionales.
- Las políticas energéticas nacionales y comunitarias deben ser consideradas en su globalidad, ya que en aspectos tales como la seguridad del suministro, sólo una solución global permite garantizar la misma a un coste político y económico razonable.
- Debe exigirse una mayor claridad en la definición de las responsabilidades de la Comunidad en materia de política energética (que sí están reconocidas en el área del carbón y nuclear).
- Por último, con relación al medio ambiente, el análisis subraya que existen dos retos fundamentales, los resultantes de las formas clásicas de polución, y los riesgos de calentamiento climático derivados de las emisiones de los gases productores del efecto invernadero, donde la responsabilidad es proporcional a la utilización de las energías fósiles.

La Comisión reconoce que no es posible fijar objetivos cuantitativos, pero sí de carácter general, y que tales serían: la contribución de la energía a la mejora de la competitividad económica comunitaria, la seguridad del aprovisionamiento, y la protección del medio ambiente. El primer objetivo, el único realmente innovador con relación a planteamientos anteriores, se traduce en una reducción de los costes de la energía para la industria y otros sectores, una mayor eficacia energética, la realización del mercado interior, una fiscalidad adecuada, y una verdadera disponibilidad y libre elección de diferentes tipos de energía.

En cuanto a la seguridad del aprovisionamiento, para su realización será preciso el reforzamiento de los esfuerzos para valorar las fuentes autóctonas de energía, la flexibilidad por la interconexión de las redes, la cooperación internacional para reforzar los lazos económicos y políticos entre la Unión y sus zonas de aprovisionamiento, la cooperación

energética con los países terceros para facilitar la transferencia de tecnologías, y el mantenimiento de las medidas de seguridad, de almacenamiento y de solidaridad para hacer frente a una interrupción de los aprovisionamientos.

Por lo que se refiere a la protección del medio ambiente, la Comisión señala que será preciso la reducción del consumo energético –a través de la gestión integrada de recursos–, la diversificación hacia aquellas energías con un menor impacto medioambiental, la I+D en tecnologías limpias y su aplicación al mercado, la cooperación internacional con los países en desarrollo, para lograr una mejora global, y finalmente, la armonización europea de los sistemas de control.

Posteriormente, la Unión Europea ha vuelto a abordar, desde distintos instrumentos, esta cuestión de la formulación de una política energética propia, tanto como un pilar propio de su dimensión económica y, en tal sentido, como complemento necesario a la aspiración de un mercado interior de la energía, cuanto por la relevancia que respecto de la acción económica exterior de la Unión podía merecer la implantación efectiva de esta nueva política comunitaria.

1.3. Marco estratégico para las políticas en materia de clima y energía en la Unión Europea.

El compromiso de la Unión Europea por establecer un marco estratégico sobre clima y energía, de acuerdo a la prioridad que atribuyó al establecimiento de una política energética europea, se plasmó mediante la aprobación de su primer paquete de medidas sobre clima y energía en 2008.

Así como parte de estas medidas, el 13 de noviembre de 2008 se publicó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 13 de noviembre de 2008 “Eficiencia energética: alcanzar el objetivo del 20 %”³⁴².

³⁴² COM(2008) 772 final.

De conformidad con este marco estratégico preestablecido, se impulsó y aprobó la Directiva de la Unión Europea sobre Energías Renovables³⁴³, mediante la cual se buscó el impulso de fuentes alternativas de energía que ayuden a combatir los efectos de cambio climático y, desde esta perspectiva, a disminuir también la acusada dependencia energética de la Unión Europea³⁴⁴.

Así, la Unión Europea fijó para 2020 tres objetivos fundamentales: reducción de emisiones de gases de efecto invernadero (20%), cuota de energías renovables (20%) y mejoras en la eficiencia energética (20%).

Por otra parte, el compromiso de la lucha contra el cambio climático y la sostenibilidad energética constituyó una de las cinco áreas prioritarias de la política comunitaria de la UE. Así se recoge en la Estrategia de Crecimiento lanzada en 2010, denominada “Europa 2020”³⁴⁵, donde se apuesta por una economía sostenible que genere empleo y mejore la productividad y cohesión social.

Los objetivos marcados en la Estrategia Europa 2020 fijaron un panorama global de los parámetros fundamentales de la Unión Europea en 2020, concretado en objetivos nacionales para que cada Estado miembro pudiera por sí mismo evaluar su avance hacia esas metas. Se trata de objetivos comunes que debían alcanzarse combinando medidas nacionales y europeas³⁴⁶.

³⁴³ Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE (DOUE L-140 de 5.6.2009). La base jurídica de esta Directiva es el apartado primero del artículo 175 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

³⁴⁴ Con anterioridad, entre otras numerosas disposiciones, la Comisión Europea adoptó la Comunicación “Energía para el futuro: fuentes de energías renovables”. Comunicación que era expresión de un Libro Blanco sobre la estrategia y plan de acción comunitario en esta materia. En este texto se proponía aumentar sensiblemente la cuota de participación de las energías renovables en el consumo interior bruto de energía de la UE, marcando el objetivo indicativo del 12%. En el mismo sentido, la Directiva 2001/77/CE, de 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energías renovables sobre el consumo de electricidad de la Unión Europea en el año 2010, fijándose el objetivo del 22,1% a nivel comunitario.

³⁴⁵ (http://ec.europa.eu/europe2020/europe-2020-in-a-nutshell/targets/index_es.htm)

³⁴⁶ Véase también «Energía 2020 - Estrategia para una energía competitiva, sostenible y segura», COM (2010) 639, noviembre de 2010.

Con carácter programático a más largo plazo, el 15 de diciembre 2011 se aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (COM(2011) 885 final) “Hoja de Ruta de la Energía para 2050”.

Dicha Hoja de ruta señalaba que *“Las políticas y medidas de la UE para alcanzar los objetivos de la política energética para 2020 y la estrategia Energía 2020 son ambiciosas y continuarán cumpliendo los compromisos contraídos después de 2020, contribuyendo a reducir las emisiones en casi un 40 % en 2050.”*

La Hoja de Ruta de la Energía para 2050 demuestra que la descarbonización es viable.

Se presentan una serie de opciones «útiles en todo caso» que pueden reducir eficazmente las emisiones y de una manera económicamente viable. Es imperativo, por razones de cambio climático, de seguridad y de economía, transformar el sistema energético europeo. Las decisiones adoptadas hoy ya están configurando el sistema energético de 2050. Para efectuar la necesaria transformación de nuestro sistema energético dentro de los plazos, la UE necesita una ambición política mucho mayor y una mayor sensación de urgencia. Como mecanismo de actuación se propone que la Comisión debatirá con las otras instituciones de la UE, los Estados miembros y las partes interesadas los fundamentos de la Hoja de Ruta. Se precisa, no obstante, que la Comisión la actualizará regularmente, a la luz del progreso y los cambios, y tiene previsto un proceso iterativo entre los Estados miembros, a través de sus políticas nacionales, y la UE, cuyo resultado sean medidas aplicadas a tiempo para lograr una transformación del sistema energético que produzca descarbonización, una mayor seguridad de suministro y una mayor competitividad para beneficio de todos.

Con estos antecedentes programáticos, la Comisión presentó un marco estratégico para las políticas en materia de clima y energía para el período 2020 – 2030, a través de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, (COM(2014) 15) de fecha 22 de Enero de 2014.

La Comisión reconoce que la UE lleva camino de cumplir los objetivos fijados para 2020 en materia de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y energías renovables, y que se han logrado importantes mejoras en ahorro energético gracias a un aumento de la eficiencia de los edificios, productos, procesos industriales y vehículos de transporte. Además la Comisión reconoce que los objetivos 20/20/20 han desempeñado un papel clave para fomentar el empleo de más de 4,2 millones de personas, con un crecimiento continuo durante años de crisis económica más acuciante.

Con carácter previo a la Comunicación, el Libro Verde de la Comisión solicitó opiniones sobre el alcance y la estructura más adecuados de los objetivos en materia de clima y energía para 2030. Entre los interesados se constató un amplio consenso en el sentido de que es deseable establecer un nuevo objetivo para la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI),

La Comunicación de la Comisión “Marco estratégico para las políticas en materia de clima y energía para el período 2020 – 2030”, que como vemos desarrolla un marco para las futuras políticas de la Unión Europea en materia de energía y clima “*pone en marcha un proceso con vistas a alcanzar una visión compartida sobre cómo hacer avanzar estas políticas en el futuro*”.

Según el comunicado de prensa correspondiente a la publicación de la Comunicación de la Comisión de constante referencia³⁴⁷, el entonces presidente de la Comisión, José Manuel Barroso declaró: *«La acción por el clima es crucial para el futuro de nuestro planeta, mientras que una auténtica política energética es clave para nuestra competitividad. El paquete presentado hoy demuestra que no hay nada de contradictorio en abordar estos dos aspectos de manera simultánea, sino que estos se refuerzan mutuamente. La UE tiene el máximo interés en construir una economía generadora de empleo y que sea menos dependiente de la importación de energía, y desea conseguirlo mediante un aumento de la eficiencia y una mayor dependencia de la energía limpia producida internamente. El ambicioso objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero del 40 %*

³⁴⁷ “European Commission PRESS RELEASES Press release”Objetivos para 2030 en materia de clima y energía en favor de una economía”.

para el año 2030 constituye el hito más rentable en nuestro camino hacia una economía baja en carbono. Finalmente, el objetivo de al menos un 27 % de energías renovables es una señal importante: representa estabilidad para los inversores, estimula la creación de puestos de trabajo ecológicos y contribuye a la seguridad de nuestro suministro».

En el mismo comunicado de prensa, Günther Oettinger, por entonces Comisario de Energía, especificaba que *«El marco de 2030 representa el impulso que desea dar la UE a un progreso hacia una economía competitiva y baja en carbono, así como hacia la estabilidad de las inversiones y la seguridad del suministro energético. Mi objetivo es asegurar que la energía siga siendo asequible para los hogares y las empresas. El marco de 2030 fija metas muy ambiciosas en cuanto a la acción contra el cambio climático, pero también reconoce que estas deben alcanzarse al menor coste. El mercado interior de la energía constituye la base para la consecución de estos objetivos y yo voy a continuar trabajando en su completa realización, a fin de poder explotar todo su potencial. Esto incluye la “europeización” de las políticas en materia de energías renovables».*

La clave de un nuevo marco sobre el clima y la energía debe incluir un objetivo de reducción de los gases de efecto invernadero a nivel de la UE que se reparta equitativamente entre los Estados miembros en forma de objetivos nacionales vinculantes, una reforma del sistema de comercio de derechos de emisión, un objetivo a nivel de la UE para la cuota de energías renovables y un nuevo proceso de gobernanza europeo para las políticas de energía y clima basado en los planes de los Estados miembros para una energía competitiva, segura y sostenible.

Según la Comisión, el Marco estratégico para 2030 debe fundamentarse en la plena aplicación de los objetivos 20/20/20 y en los siguientes aspectos:

- a) Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.
- b) Simplificar el marco estratégico europeo, con reparto equitativo de los esfuerzos entre los Estados miembros.
- c) Dotar a los Estados miembros de flexibilidad dentro del marco europeo.

- d) Reforzar la cooperación regional entre los Estados Miembros retos comunes en materia de energía y clima de un modo más rentable para una mayor integración del mercado interior de la energía y una competencia no falseada.
- e) Desarrollar una política de energías renovables basada en un enfoque más rentable.
- f) Que logre una mayor integración del mercado interior de la energía.
- g) Mejorar el conocimiento de los factores que determinan los costes de la energía, la seguridad energética y la seguridad de las inversiones energéticas

Entre los nuevos objetivos para el 2030 propuestos en la Comunicación de la Comisión presentadas posteriormente al Consejo Europeo destacan:

A) *Reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero.*

Es necesario el establecimiento de un compromiso ambicioso de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en consonancia con las hojas de ruta para 2050. La asunción de este compromiso debe seguir un enfoque eficaz desde el punto de vista de los costes, para que sea asequible. Será preciso llevar a cabo una evaluación continua con el fin de tener en cuenta la dimensión internacional y velar por que la Unión continúe siguiendo la senda menos costosa hacia una economía hipocarbónica.

La Comisión propone fijar un objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero para las emisiones internas de la UE del 40 % en 2030 con respecto a las emisiones de 1990.

Se admite que el Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la UE (RCDE) no está impulsando de manera suficiente las inversiones en tecnologías con baja emisión de carbono.

El objetivo de la UE debe ser compartido entre el RCDE y lo que los Estados miembros han de alcanzar conjuntamente en los sectores al margen del comercio de

derechos de emisión. El sector del RCDE tendría que alcanzar una reducción del 43 % de gases de efecto invernadero en 2030 y el sector no sujeto al RCDE, del 30 %, ambos con respecto a 2005.

El esfuerzo colectivo para el sector al margen del RCDE también debe repartirse entre los distintos Estados miembros de forma adecuada y puntual.

B) Un objetivo para las energías renovables a nivel de la UE.

El objetivo de reducción de los gases de efecto invernadero del 40 % debe fomentar por sí mismo el incremento de la cuota de penetración de las energías renovables en la UE hasta, como mínimo, el 27 %.

Aunque de obligado cumplimiento para la UE, no lo sería para los Estados miembros con carácter individual sino que se alcanzaría mediante compromisos claros decididos por los propios Estados miembros, que deberían guiarse por la necesidad de lograr de forma colectiva el objetivo de la UE y basarse en lo que cada Estado miembro debe lograr en relación con sus objetivos actuales para 2020.

Estos nuevos compromisos para 2030 se revisarán formando parte del proceso de gobernanza y, en caso necesario, se complementarían con nuevas iniciativas e instrumentos de la UE para garantizar el cumplimiento del objetivo de la UE.

C) Eficiencia energética.

La Comisión reconoce el consenso en que la mejora de la eficiencia energética aporta una contribución esencial a la consecución de todos los objetivos principales de las políticas de la UE en materia de clima y energía: mayor competitividad, seguridad de abastecimiento, sostenibilidad y transición a una economía hipocarbónica. La Comisión prevé que el objetivo fijado para 2020 no será alcanzado.

El ahorro energético debe complementar el desarrollo de energías renovables por parte de los Estados miembros como componente de sus planes para conseguir la reducción de las

emisiones de gases de efecto invernadero. Los Estados Miembros deben también identificar medidas nacionales para mejorar la eficiencia energética.

El análisis de la Comisión muestra que un objetivo de reducción del 40 % requeriría un mayor nivel de ahorro de energía de alrededor del 25 % en 2030.

D) Garantizar la competencia de los mercados integrados.

La plena realización del mercado interior de la energía, tanto para la electricidad como para el gas, sigue siendo una prioridad inmediata para la Comisión

Lograr una gran competencia en el mercado interior de la energía será crucial para avanzar hacia los objetivos de la política energética de la Unión en el horizonte de 2030.

La Comisión apunta que las directrices sobre ayudas de Estado en el ámbito de la energía y el medio ambiente también tienen que evolucionar para promover planteamientos más orientados al mercado que reflejen la evolución de la estructura de costes de las tecnologías de la energía y la creciente competitividad de los costes en el mercado interior. En este contexto, en el período 2020-2030 deben reducirse progresivamente hasta su desaparición las subvenciones para las tecnologías maduras, incluidas las destinadas a las energías renovables.

Aún se autorizarían las subvenciones concedidas a las tecnologías nuevas e inmaduras con potencial significativo para contribuir de manera rentable a los objetivos marcados para energías renovables.

La Comisión seguirá realizando un seguimiento de la concentración en los mercados minorista y mayorista del gas y la electricidad en garantía del control eficaz en materia de prácticas restrictivas de la competencia y concentraciones.

Se pretende dotar a los Estados miembros de flexibilidad para definir una transición hipocarbónica que se adecúe a sus circunstancias específicas, la combinación de “mix”

energético, y las necesidades en términos de seguridad energética, y permitirles que mantengan los costes en un nivel mínimo.

E) Seguridad de abastecimiento energético.

Las políticas destinadas a mejorar la seguridad de abastecimiento de la Unión deben seguir una orientación en tres etapas. En primer lugar, la caída de la producción de petróleo y gas en la UE hace que sea necesario seguir explotando fuentes de energía autóctonas sostenibles. La Comisión ha establecido un marco que acompaña a la presente Comunicación, para la explotación segura y estable desde el punto de vista medioambiental del gas de esquisto³⁴⁸.

Los Estados miembros deben actuar colectivamente para diversificar sus países de abastecimiento. Se ha de potenciar la competencia en los mercados de la energía a través de una mayor liberalización, la plena realización del mercado interior de la energía, incluido el desarrollo de las infraestructuras de transporte incluidos los interconectores transfronterizos.

Se requieren mayores esfuerzos para mejorar de forma rentable la intensidad energética de la economía y generar ahorro energético con la mejora del rendimiento energético de edificios, productos y procesos.

Los objetivos se alcanzarán mediante una combinación de medidas nacionales y de la Unión descritas en los planes nacionales de los Estados miembros para una energía competitiva, segura y sostenible, de forma que:

- garanticen el cumplimiento de los objetivos estratégicos de la UE con respecto al clima y la energía;
- aporten mayor coherencia a los planteamientos de los Estados miembros;
- promuevan una mayor integración del mercado y la competencia;

³⁴⁸ Agencia Internacional de la Energía, C(2014) 267.

- aporten certidumbre a los inversores para el período posterior a 2020.

La Unión debe estar dispuesta a adoptar nuevas medidas ambiciosas para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero y fomentar las energías renovables y la eficiencia energética. Se invita a los socios internacionales de la Unión a participar en el desafío global de la lucha contra el cambio climático, lo que ayudaría también a mantener la competitividad a largo plazo de la base industrial de la Unión.

Como pasos a seguir, la Comisión, en la referida Comunicación “Marco estratégico para las políticas en materia de clima y energía para el período 2020 – 2030”:

- a) invita al Consejo y el Parlamento Europeo a que, antes de que finalice 2014, convengan que la Unión Europea debe comprometerse a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en un 40 % a más tardar a principios de 2015 en el marco de las negociaciones que concluirán en París en diciembre de 2015;
- b) invita al Consejo y al Parlamento Europeo a que refrenden un objetivo a nivel de la UE de, como mínimo, el 27 % como cuota de la energía procedente de fuentes renovables que se ha de consumir en la UE antes de 2030 y que debe alcanzarse mediante compromisos claros de los propios Estados miembros, con el apoyo de mecanismos e indicadores de aplicación reforzados a escala de la UE;
- c) invita al Consejo y al Parlamento Europeo a que refrenden el planteamiento de la Comisión sobre las políticas futuras en materia de clima y energía y su propuesta de establecer un sistema de gobernanza eficaz para la consecución de los objetivos climáticos y energéticos.

A partir de la Comunicación de la Comisión referida, sobre la base de los principios definidos en las Conclusiones del Consejo Europeo de marzo de 2014, el Consejo Europeo de 23 y 24 de octubre de 2014 acordó el marco de actuación de la Unión Europea en materia de clima y energía hasta el año 2030.

El Consejo Europeo refrendó el objetivo, vinculante para la UE, de reducir las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión por lo menos en un 40 % para 2030 con respecto a los valores de 1990.

A tal fin se acordó en dicho Consejo Europeo que:

- a. La Unión Europea (UE) cumplirá colectivamente el objetivo de la manera más eficaz posible en términos de coste, con reducciones en los sectores sujetos y no sujetos al régimen de comercio de derechos de emisión del 43 % y del 30 %, respectivamente, en 2030 en comparación con 2005.
- b. Todos los Estados miembros participarán en este esfuerzo, conciliando equidad y solidaridad.
- c. El principal instrumento europeo para alcanzar este objetivo será un régimen de comercio de derechos de emisión (RCDE) reformado y que funcione correctamente.
- d. La asignación gratuita de derechos de emisión no desaparecerá; mientras otras economías importantes no realicen esfuerzos comparables, las medidas vigentes se mantendrán después de 2020 para evitar el riesgo de fugas de carbono debido a la política de lucha contra el cambio climático, a fin de proporcionar niveles adecuados de apoyo a sectores expuestos a problemas de pérdida de competitividad internacional.
- e. Se fija para la UE el objetivo de que la cuota de energías renovables dentro del consumo total de energía de la UE en 2030 sea como mínimo del 27 %. Este objetivo será vinculante a escala de la UE.
- f. Se fija a escala de la UE un objetivo indicativo consistente en que la eficiencia energética mejore al menos en un 27 % en 2030 con respecto a las previsiones de consumo energético futuro sobre la base de los criterios actuales.

- g. La Comisión Europea, respaldada por los Estados miembros, tomará medidas urgentes para alcanzar un objetivo mínimo del 10 % de las interconexiones de electricidad existentes con carácter de urgencia y a más tardar en 2020, al menos para los Estados miembros que no hayan logrado un nivel mínimo de integración en el mercado interior de la energía, que son los Estados Bálticos, Portugal y España, y para los Estados miembros que constituyen el principal punto de acceso de estos Estados al mercado interior de la energía.

2. BASES DE ORDENACIÓN DEL MERCADO INTERIOR ELÉCTRICO.

2.1. Del mercado común al mercado interior.

La consecución de la integración comunitaria ha descansado, durante casi cuatro décadas, en la articulación de un mercado común. Un mercado cuyas claves vienen dadas por las cuatro libertades de circulación³⁴⁹ y cuya garantía era la existencia de reglas

³⁴⁹ BAQUERO CRUZ, Julio. *Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Económico en la Comunidad Europea*. Civitas- Thomson. Madrid. 2002.

“Existe a nuestro juicio una clara correlación entre los principios comunitarios de libertad de empresa y derecho de la competencia y el principio de la libre circulación. Dicha correlación es calificada por Julio Baquero, con otras palabras, al calificar del carácter complementario de la competencia en la libre circulación. A su juicio las normas de la competencia y su libre circulación constituyen el núcleo del derecho constitucional económico de la Comunidad. Existe por tanto una funcionalidad correlativa entre los principios de competencia y libre circulación. Señala en este mismo sentido Julio Baquero también que la conexión entre ambos principios aparece con claridad en las fuentes históricas, y ejemplifica con el Informe Spaak preparatorio del Tratado de Roma en el que se pone de manifiesto que la introducción de las normas de competencia tengan como objetivo evitar que las empresas privadas erigieran de nuevo las barreras de comercio que habían quedado abolidas por las normas de libre circulación.

En segundo lugar ambos grupos normativos tienen un rango constitucional en el ordenamiento comunitario y contribuyen, en sus ámbitos respectivos de aplicación, la creación y mantenimiento de un mercado a la vez integrado y competitivo como uno de los objetivos centrales de la Comunidad.

Por otra parte existe también una relación como la hemos encontrado en el binomio política energética-mercado interior entre la dimensión interna y externa de ambos principios. En este caso las normas de la competencia pueden tener efectos extraterritoriales, mientras que las normas de libre circulación limitan su campo de aplicación al comercio intracomunitario (sus aspectos externos reciben en el Tratado un tratamiento específico con las normas relativas a la política comercial común, que establecen una serie de principios y confieren competencias a las instituciones para fabricación y desarrollo”.

comunes cumplidas por todos los agentes económicos, que a partir de 1985 recibe un impulso cualitativo de primer orden al configurarse como mercado interior³⁵⁰.

El paradigma de creación de un mercado interior aspira a excluir cualquier distorsión de la competencia, y asegurar que todas las personas, servicios o capitales que actúan en su ámbito, tengan la posibilidad de desplazarse libremente de acuerdo con el criterio de los operadores, de su capacidad competitiva y sus oportunidades de obtener un beneficio. La puesta en funcionamiento de tal sistema reclama, por tanto, una decidida voluntad política y un adecuado marco jurídico, dado que la construcción del mercado interior eléctrico es ante todo una necesidad de la sociedad europea a fin de mejorar sus niveles de competitividad y por tanto de bienestar y cohesión social³⁵¹.

El peso que la energía tiene en la economía europea y la significación de la electricidad dentro de esta actividad productiva haría muy complicado e incluso inviable el propósito general de “realizar” un mercado interior, si en ese camino la energía resultase desplazada o no integrada plenamente³⁵².

³⁵⁰ Un trabajo completo de especial calidad sobre el particular es el estudio de Alfonso Mattera: *Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement*. Ed. Júpiter. París. 1988.

En el contexto eléctrico ver: Umberto Leanza: *Attuazione dell'Atto Unico Europeo e completamento del mercato interno: Profili giuridici*. Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica n° 1. 1989. También el documento elaborado por UNESA, con sentido anticipador: *El Acta Unica Europea y sus posibles consecuencias para las empresas eléctricas*. Madrid. 1988.

En el Libro Verde sobre seguridad del suministro de energía, aprobado por la Comisión el 29 de noviembre de 2000, cuyo objetivo era abrir un debate sobre los aspectos geopolíticos, económicos y ambientales de la energía a fin de responder a las incertidumbres creadas por la cada vez más acentuada dependencia energética exterior de la Unión, se puede leer que “la creación del mercado interior es un factor que se convierte en el objetivo final de todas las acciones de la Comisión”.

³⁵¹ En el Considerando 4º de la Propuesta actual de Directiva modificada 96/92/CEE y 98/30/CEE se afirma que sólo un mercado interior plenamente abierto que permita a todos los suministradores abastecer libremente a sus clientes es compatible con los derechos relativos a las tres libertades básicas en que se apoya esta norma: libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

³⁵² Entre los elementos fundamentales del Libro Verde de 2000 consideramos preciso destacar, a los efectos que nos ocupan, para el proceso de integración de los mercados energéticos que:

— La UE produce sólo la mitad de sus necesidades energéticas. Actualmente se importa el 50% de la energía consumida, y la tendencia en los próximos 20–30 años es alcanzar el 70% de importaciones.

— La demanda energética se cubre actualmente con petróleo (41%), gas natural (22%), carbón (16%), energía nuclear (15%) y renovables (6%).

En el Segundo Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento sobre el estado de la liberalización de los mercados energéticos se reconoce abiertamente que comparándolo con Estados Unidos o Australia, la industria europea observa un sobrecoste, en algunos casos, del 40 por ciento más en electricidad y gas “*debido al aislamiento de los mercados nacionales y la ausencia de comercio intracomunitario en dichos ‘productos’*”.³⁵³

A las economías de integración que proporciona a este mercado único europeo la electricidad, debe sumarse su contribución al desarrollo sostenible, y al empleo.³⁵⁴ La liberalización deberá conducir a un menor desgaste de los recursos naturales, una mayor utilización de energías primarias limpias para la generación eléctrica como las renovables o el gas natural, y una menor capacidad de reserva en cada Estado miembro³⁵⁵.

— Se calcula que en 2030 el balance energético será el siguiente: petróleo, 38%; gas natural, 29%; carbones, 19%; nuclear, 6% y renovables, 8%.

— La dependencia energética afecta a todos los sectores de la economía y principalmente al transporte, electricidad y doméstico.

— Estos tres sectores (transporte, doméstico y electricidad) dependen enormemente de los hidrocarburos y están sujetos a las erráticas variaciones de precios del mercado internacional.

— En cuanto al sector eléctrico, en el que la demanda es especialmente constante, se prevé un incremento de la demanda del 2% en los próximos años en la Unión Europea y del 3% en los países candidatos. La producción de electricidad depende de combustibles fósiles (carbón, lignito, gas natural) y de la energía nuclear (35%). Se calcula que en un plazo de 30 años la dependencia del gas natural alcanzará el 50%.

³⁵³ Esta desventaja competitiva debida a los mayores precios de estos recursos se aprecia de manera especial en las industrias intensivas en consumo energético como el hierro, el papel, el vidrio o el sector automovilístico. En los sectores de mayor consumo como el químico o el aluminio, la energía puede llegar a contabilizar el 60 por ciento de los costes de producción.

³⁵⁴ Como ha señalado José Sierra “en vez de ser un objetivo en sí mismo, el mercado interior de la energía es una herramienta muy importante que contribuye a una economía europea más eficiente, competitiva y generadora de empleo, en un mercado cada vez más global”, en el trabajo “Últimos avances legislativos y aspectos claves a considerar de la Directiva europea del gas sobre el mercado único del gas, y su impacto sobre el mercado gasista español”. Madrid, diciembre de 1998.

³⁵⁵ El Libro Verde sobre seguridad de suministro energético de 29 de noviembre de 2000 reconoce que tras las medidas de transposición de las Directivas europeas de electricidad y gas se ha verificado un descenso significativo de los precios “...*El efecto sobre los precios es ya un éxito: muchos Estados miembros han ido más allá de las exigencias de las Directivas sobre electricidad y gas natural y se ha podido alcanzar un grado de apertura del mercado de dos tercios para la electricidad y del 80% para el gas natural. Los precios para el consumidor industrial han descendido así un 15% de promedio, descenso que ha llegado al 45% en algunos Estados miembros como Alemania*”.

Los costes de la producción de electricidad han cambiado debido, en particular, a la liberalización del mercado de la energía y a las normativas sobre el medio ambiente. El coste de producción de la electricidad más bajo es

En parecidos términos ha recogido esta idea el legislador comunitario *“el establecimiento del mercado interior en el sector de la electricidad se revela particularmente importante para la racionalización de la generación, la transmisión y la distribución de la electricidad, al tiempo que refuerza la seguridad del abastecimiento y la competitividad de la economía europea, respetando la protección del medio ambiente”*³⁵⁶.

Pero la necesidad de creación de un mercado energético se había advertido muchos años antes en las instancias comunitarias. *“Los productos energéticos se siguen topando con serias trabas comerciales dentro de la Comunidad. Si esta situación no cambia y si no se crea un mercado común de la energía en un futuro próximo, el nivel de integración alcanzado en este sector puede verse comprometido”*, así empezaba la Comunicación que la Comisión envió al Consejo en 1968, en la que se esbozaban las primeras orientaciones de política energética de la Comunidad. Desde entonces se han realizado progresos sustanciales, especialmente encaminados hacia una definición común más adecuada de los grandes ejes de las políticas energéticas nacionales³⁵⁷.

el del ciclo combinado (turbina de gas) seguido de cerca por el carbón importado. Habida cuenta de las ayudas estatales que se conceden en muchos Estados miembros a la energía eólica, su coste de producción es también bastante competitivo.

Costes de producción de la electricidad en función de las tecnologías

	Costes de producción €cents/kWh	Costes de producción comparados con el gas
Hulla (importada)	3,29	3%
Hulla (comunitaria subvencionada)	4,20	32%
Gas (CCGT)	3,18	0%
E. nuclear	4,51	42%
Eólica (subvencionada)	4,46	40%

Fuente: Anexo 3

Los costes de producción de los Estados miembros se han evaluado en función de la cantidad de electricidad producida. Los costes se basan en una media de coeficiente de empleo de 7.000 horas.

³⁵⁶ Ver Considerando 4 de la Directiva 96/92 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

³⁵⁷ Los Objetivos energéticos de la Comunidad que el Consejo aprobó en septiembre de 1986 (DOCE nº C 24, de 25.9.86) hacen una referencia explícita al imperativo de *“una integración más adecuada del mercado interior de la energía liberado de todo obstáculo, con el fin de aumentar la seguridad del abastecimiento, disminuir los costes y fortalecer la competitividad económica”*.

En los Considerandos de la nueva Directiva se reconoce la positiva experiencia de la norma comunitaria vigente *“en lo que se refiere a mayor eficacia, reducciones de los precios, mejora de la calidad del servicio y mayor competitividad”*, pero al mismo tiempo – y este es el argumento central legitimador de la reforma legal que se acomete- se afirma que *“subsisten deficiencias importantes y es posible mejorar el funcionamiento de estos mercados (los de electricidad y gas natural) especialmente garantizando unas condiciones equitativas en el ámbito de la producción y haciendo frente a los riesgos de comportamiento depredatorio, garantizando tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables y la publicación de información sobre las fuentes de combustible para producción de electricidad”*³⁵⁸.

2.2. Características del sector eléctrico: Inventario de obstáculos para un mercado interior.

El 2 de junio de 1987 con ocasión del Consejo de Energía, los Ministros concedieron su apoyo a *“la voluntad de la Comisión en primer lugar de elaborar, ayudada por las partes interesadas, un inventario con los obstáculos existentes y seguidamente presentar al Consejo con la suficiente antelación las propuestas adecuadas para ir eliminando estos obstáculos antes de finales de 1992”*.

Como se recoge en el estudio realizado por la Comisión Europea en su Comunicación sobre el mercado interior de la energía³⁵⁹, por lo que respecta a los productos y a su utilización, el mercado es de una gran diversidad. Si bien la energía es un producto por antonomasia, su comercialización introduce en gran medida la noción de servicio, medida que varía mucho dependiendo del tipo de energía que se esté considerando. Recuerda la

³⁵⁸ Ver Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 96/92/CEE y 98/30/CEE sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural. Bruselas, 7.6.2002. COM (2002) 304 final.

Así como Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000 y Resolución del Consejo de 6 de julio sobre calendario de apertura total del mercado eléctrico europeo.

³⁵⁹ El Mercado Interior de la Energía. COM (88) 238 final. Bruselas, 3 de junio de 1988.

Comisión que además de la distinción física que puede hacerse entre las distintas fuentes de energía, su uso tampoco es homogéneo puesto que un producto energético puede, dependiendo de la transformación que sufra, servir de combustible, carburante, materia prima o fuerza motriz.

Los monopolios de distribución de gas y electricidad, sean de hecho o de derecho, también contribuyen a que se creen mercados cautivos que limitan de alguna manera la competencia.

Al centrar el inventario de análisis que deben removerse para alcanzar el mercado interior en el sector eléctrico, la Comisión subraya tanto la contribución del sector al balance energético, como la situación histórica de la que parte el mismo en términos de organización y estructura de acceso y las necesidades de extensión y límites de las interconexiones de las redes en función del previsible crecimiento de la demanda futura:

- a) *La electricidad representa una parte completa y vital dentro del balance energético de la Comunidad. No sólo su uso contribuye de manera importante a la productividad industrial y la calidad de vida, sino que también la electricidad es el principal vector de contribución al uso de energías primarias como la nuclear, los carburantes sólidos, la hidroelectricidad y otras energías renovables, reduciendo así la dependencia del petróleo.*
- b) *Existen diferencias en los Estados miembros entre las formas de propiedad y las estructuras de distribución, producción y transmisión de electricidad, que tienen diversos grados de integración horizontal y vertical y son reflejo del desarrollo histórico del sector.*
- c) *En la CEE se ha conseguido una red internacional de alto voltaje de las más integradas del mundo, aunque dos países miembros, Irlanda y Grecia, no están aún directamente interconectados con ningún otro Estado miembro.*
- d) *Todos los elementos del sistema de interconexión internacional son propiedad de monopolios y los acuerdos de transferencia son acuerdos de cooperación no*

obligatorios. Tales interconexiones, no constituyen en manera alguna un sistema de “common carrier”.

Desde la perspectiva exclusivamente jurídica se advierten diferencias de tratamiento fiscal y financiero de las empresas públicas productoras, la diversidad de criterios de acceso a los mercados del capital y las ayudas estatales, de las cuales se benefician eventualmente las empresas distribuidoras, y que producen distorsiones en los costes totales de producción.

Además, la situación económica de las empresas de utilidad pública se ve influida por el tipo de evaluación de los activos, la política de amortización y las condiciones de acceso a los mercados de capital, donde los Estados miembros siguen distintas legislaciones.

El régimen de autorización administrativa para la construcción de nuevas centrales muestra también diferencias de procedimiento, lo cual agudiza las diferencias entre las empresas de utilidad pública en cuanto a su capacidad para llevar correctamente sus programas de inversión, pudiendo producirse un excesivo o deficitario suministro de instalaciones de producción y el consiguiente efecto sobre los costes totales de producción.

Por otro lado, el coste de la producción de electricidad depende también en origen del de los combustibles, particularmente en las centrales eléctricas convencionales. La apertura del mercado interior de otras energías supondría que las empresas de utilidad pública de todos los Estados miembros gozarían de una igualdad de condiciones de acceso a los combustibles para la producción de electricidad, que en aquel momento no eran posibles, al existir restricciones de derecho o de hecho sobre los combustibles (carbón importado, gas natural, a los que tienen acceso los productores de electricidad, así como cierta obligación de utilizar cantidades de carbón autóctono de alto coste).

En materia de interconexión de la red de electricidad, la mayoría de los Estados miembros habían desarrollado un sistema de interconexión interno de alto voltaje a nivel nacional. Los modelos de propiedad variaban, desde la propiedad individual de toda la red de alto voltaje en Francia, Italia, Irlanda, Portugal y Grecia a la propiedad múltiple de las secciones regionales de las redes en el resto de los Estados miembros, llevándose a cabo la

administración del funcionamiento de las redes a nivel nacional excepto en Alemania, que ofrecía –y sigue haciéndolo– una estructura más descentralizada³⁶⁰.

2.3. Las ventajas de la integración. El coste de la no Europa energética.

La finalidad de un mercado europeo mejor integrado había de ser por ello la de promover la disminución del coste de acceso a la energía, con un beneficio directo para el consumidor individual y también para la industria que la utiliza (la energía representa entre el 25 y el 30% de los costes de producción en los sectores de la siderurgia, del vidrio, del aluminio o de los materiales de construcción).

El mercado único también es beneficioso para la estructura de la industria comunitaria de la energía, en la medida en que se obtienen mayores ventajas de las complementariedades o sinergias internas, mejora la estructura de los costes y se contribuye a racionalizar las actividades de producción, transporte y distribución de energía.

³⁶⁰ Una visión especialmente crítica de este inventario de obstáculos realizado por la Comisión es efectuada por Leigh Hancher, al afirmar que *“un rápido examen de su reciente documento de trabajo ‘El Mercado Interior de la Energía’ deja al lector con la clara impresión de que la Comisión no sabe exactamente cómo está regulado el sector eléctrico en los doce Estados miembros. Por lo tanto, debe primero encontrar las barreras relevantes antes de empezar a eliminarlas. La relación financiera entre los Gobiernos nacionales y sus empresas públicas es, por lo menos, un libro medio cerrado en lo que respecta a la Comisión”*.

Añadiendo que, “sin entrar en la complejidad del Derecho comunitario, se pueden identificar dos grandes obstáculos en el camino de la libertad de circulación y competencia. El primero se refiere a ciertas características inherentes al suministro de energía en la Comunidad y el segundo a las reglas en sí mismas.

En cuanto al primer obstáculo, como es obvio, la energía no se puede comparar a los bienes de consumo ordinarios. Primero, porque hay importantes implicaciones estratégicas en el suministro de energía y los problemas de seguridad en el suministro son obviamente más graves en los países que dependen de las importaciones que en los países productores. Segundo, generalmente se reconoce el suministro de energía eléctrica como un monopolio natural. La duplicidad de instalaciones es antieconómica e insatisfactoria para el medio ambiente. Tercero, está la naturaleza de servicio cuasi-público de la energía; el deber legal de las compañías de asegurar la continuidad y fiabilidad en el suministro de energía. En algunos Estados miembros las empresas eléctricas deben también asumir amplios objetivos económicos y sociales. Cuarto, las formas de propiedad y organización de las empresas eléctricas varían considerablemente en toda la Comunidad.

Fue por estas razones por lo que la Comisión decidió que los nuevos procedimientos de contratación pública sólo serían extensibles a bienes pero no a los combustibles”. Leigh Hancher: El Acta Única Europea ¿supondrá una diferencia para el mercado europeo de la electricidad?.

Ver también la aproximación que realiza Alessandro Ortis, Presidente en aquella época de EURELECTRIC, en su ponencia: *La impresa elettrica europea*. Revista Tempo Presente, nº 91-92. 1988.

El aumento de los intercambios entre Estados miembros es uno de los frutos que podría esperarse del mercado interior de la energía. De esta forma contribuiría con más intensidad que hoy en día a una reducción de los costes. En este campo, la situación de la Comunidad es perfectible aunque sea muy distinta dependiendo de las fuentes energéticas³⁶¹.

El “coste de la no Europa” en el sector de la energía pesa en nuestros rendimientos económicos, aunque no sea fácil evaluar su amplitud. Según unas primeras estimaciones y fuera de los efectos “mercados públicos”³⁶², podría cifrarse en algo menos de 0,5% del PIB de la Comunidad. El posible beneficio de “más Europa” tendría un doble origen: la disminución de los costes que entrañaría un desarrollo de la competencia y la que provocaría la bajada de algunos costes unitarios gracias al efecto de tamaño y a la optimización de las inversiones o de la gestión³⁶³.

³⁶¹ Por ejemplo, en 1986 los intercambios de petróleo bruto (procedente del Reino Unido) representaron casi el 15% de los tratamientos en refinería y los de productos del petróleo más del 20% de los suministros internos. En cuanto al gas, los intercambios en la misma época (procedente de los Países Bajos) fueron el equivalente de un 12,5% del consumo comunitario. Por el contrario, y siempre en 1986, estos intercambios fueron mucho más débiles por lo que respecta a la hulla (menos del 3% del consumo) sector en el cual las perspectivas de crecimiento son ciertamente limitadas. Estos mismos intercambios sólo representaron menos del 5% de consumo comunitario en el caso de la electricidad (gran parte de los cuales se efectuaron en forma de intercambios estrictos), donde a pesar de las características propias de la electricidad un aumento de los intercambios podría tener una repercusión significativa en el coste medio del kWh.

³⁶² -Directiva 90/531/ CEE, de 29 de octubre, relativa a los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones;

-Directiva 92/13/CEE, de 25 de febrero, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones;

-Directiva 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993 (modificada por la Directiva 98/4), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

³⁶³ Una medida indirecta pero inscrita en el contexto del mercado interior como desarrollo del Acta Unica y directamente aplicable al sector eléctrico en la esfera de sus compras y aprovisionamientos es la de la contratación pública o administrativa, cuyo desarrollo legislativo comunitario arranca también de este período. En efecto, el célebre Libro Blanco que inspiró el Acta Unica Europea se pone de manifiesto que uno de los capítulos más sobresalientes para la realización del mercado único, por razones económicas, comerciales y financieras, pero también por su incidencia en una nueva “cultura de mayor competitividad”, se centra en la esfera de la apertura de la contratación pública, cuya regulación se incorpora, además, si bien indirecta y sucintamente, al propio Tratado, al abordar éste la redacción de uno de los artículos correspondientes al nuevo Título sobre Investigación y Desarrollo (art. 130 F).

La política comunitaria de la energía, no consagrada formalmente hasta la fecha pero en la que se han ido dando importantes avances materiales, se basa principalmente en una combinación adecuada entre el libre juego de las fuerzas del mercado, garantizado particularmente por las reglas de funcionamiento del mercado interior y medidas políticas que garantizan u organizan el aprovisionamiento de la Comunidad. Instrumento y no fin de la política energética es, a juicio de Pedro Rivero, la potenciación de la libre competencia de

A principios de los noventa se extiende el citado régimen contractual a los llamados “sectores excluidos del sistema general”, con el fin de erradicar la ausencia de competencia abierta y eficaz en dichas materias, tratando de resolver uno de los obstáculos más serios y anacrónicos para la efectiva realización del mercado interior, ya que la inexistencia de competencia en sectores industriales clave -como la energía eléctrica- y los importantes e innecesarios costes adicionales que suponen para los poderes adjudicadores dificultan notablemente la aparición de empresas europeas capaces de competir en un mercado mundial que ofrece una creciente rivalidad productiva.

En relación con este tema, la contratación en los sectores “excluidos”, se han aprobado diversas Directivas, que tienen un ámbito de aplicación realmente extenso, afectando a miles de empresas y entidades en la Comunidad, tanto poderes públicos como empresas públicas y privadas, que actúan en los siguientes sectores:

a) La puesta a disposición o la explotación de redes fijas que presten un servicio al público en relación con la producción, transporte o distribución de agua potable, gas, calefacción o electricidad; b) la explotación de una zona geográfica determinada para la prospección o extracción del petróleo, gas carbón y otros combustibles sólidos o la puesta a disposición de los transportistas aéreos, marítimos o fluviales de los aeropuertos, de los puertos marítimos o interiores y otras terminales de transporte; c) la explotación de redes que presten un servicio público en el campo del transporte por ferrocarril, sistemas automáticos, tranvía, trolebús, autobús o cable; d) la puesta a disposición o a la explotación de redes públicas de telecomunicaciones o el suministro de uno o más servicios públicos de telecomunicaciones. Y las mismas tienen por objetivo crear unas reglas o procedimientos jurídicos específicos que garanticen la apertura de este sector industrial y comercial, y permita reforzar la competencia y la transparencia, y eliminar progresivamente los obstáculos directos e indirectos que siguen siendo practicados por los operadores económicos, a fin de asegurar un mercado único interior.

Contratación pública o regulada será ya, desde entonces, el nombre que reciben los contratos de ejecución de obras, de suministro de bienes o prestación de servicios, que celebren las entidades públicas, así como quienes actúen en los sectores de la energía, agua, transportes, telecomunicaciones. Esta extensión de las nuevas formas de contratación administrativa a los sectores excluidos (o regulados) implica prácticamente que todos los contratos superiores a cinco millones de ECUs en el caso de obras y 400.000 en suministros y servicios, que celebren las empresas (públicas o privadas) o poderes públicos residenciados en estos sectores, deberán ser anunciados en el Diario Oficial de la Comunidad, a fin de iniciar un proceso, inspirado en los principios de transparencia y no discriminación, que culminará con la adjudicación del contrato. Y que pretende, en definitiva, subvertir la situación preexistente e incluso todavía marcadamente vigente, de “compra en nacional”, especialmente acusada, en este sentido, en determinadas operaciones contractuales. No cabe olvidar que antes de la aprobación de la primera de las Directivas de este paquete normativo, la 90/531, diversos estudios elaborados en la Comunidad ponían de relieve que los principales países (Francia, Alemania, Italia, Reino Unido) realizaban más del 90% de sus adjudicaciones en estos sectores en “clave” interna, con el consiguiente riesgo de ineficiencias o pérdidas de competitividad y su natural impacto en los precios.

cara a la obtención de un mayor nivel de eficiencia económica y de competitividad respecto de los países no comunitarios³⁶⁴.

Además, un mercado único europeo no tiene por qué ser sinónimo de una apertura sin condiciones ni límites de este mercado hacia el exterior, apuntaba la Comisión Europea, que basaba el establecimiento del mercado interior de la energía en cuatro marcos de actuación:

- a) la puesta en práctica de las disposiciones del Libro Blanco de 1985 que atañen al ámbito de la energía;
- b) la aplicación de forma decidida por parte de la Comisión de lo establecido en el Derecho comunitario;
- c) la realización de un equilibrio satisfactorio entre la energía y el medio ambiente;
- d) en los ámbitos que competen específicamente a la política de la energía, la definición de dispositivos apropiados, adaptados a cada caso.

Asimismo, se juzgaba que para poner en marcha el mercado interior energético era imprescindible armonizar las reglas jurídicas nacionales en que se fundamenta la regulación europea, como sumando de la propia de los Estados miembros, en el momento posterior a la adopción del Acta Única Europea. Calificaba la Comisión esta necesidad de armonizar como de “nuevo enfoque” normativo³⁶⁵.

³⁶⁴ Ver P. Rivero: Reflexiones sobre el mercado eléctrico europeo. En el libro colectivo “El sector eléctrico del año 2000”. Civitas. Madrid. 1995.

Ver también las reflexiones efectuadas sobre el particular por Angelo Crisoli: La Europa del mercato comune, pág. 315; Gaspar Ariño: El mercado único de la energía: los sectores del gas y la electricidad, Noticias CEE nº 100, 1993; y George Brondel: La politique de l'énergie, Revue du Marché Commun nº 307, 1987, que se manifiesta positivamente a favor del esfuerzo de creación del mercado eléctrico como un capítulo indispensable de la unificación económica europea.

³⁶⁵ Ver C. Maniatopoulos “L'énergie dans le marché intérieur européen” Energie en Europe nº 12, donde subraya que de no existir barreras al comercio la competencia sería mayor, lo que deberá repercutir en una mejor distribución de los recursos energéticos y un consiguiente abaratamiento de los precios, siendo beneficiarios de este esfuerzo tanto las empresas eléctricas como los consumidores finales.

El mercado interior eléctrico responde, pues, a una doble exigencia o necesidad: a) de carácter general: completar la realización del mercado interior europeo; b) favorecer las economías de integración, mediante la mejora de la competitividad sectorial y la aproximación del funcionamiento de los sistemas y sectores eléctricos europeos.

Asimismo, la construcción de este mercado eléctrico cuenta con unos antecedentes, como son las Directivas de tránsito y transparencia de precios; se apoya en unos principios; responde a una serie de medidas y técnicas que han de irse incorporando en plazos tasados a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; obedece a unos objetivos y aspira a unos resultados de concreta realización, verificables por las autoridades comunitarias³⁶⁶.

2.4. La preparación del bloque normativo de armonización: Las primeras Directivas sobre transparencia.

Aparte de normas de Derecho derivado de rango inferior, el mercado interior eléctrico no comenzó verdaderamente su andadura hasta el 29 de junio de 1990, momento en que se publica la primera Directiva de un “*approche global*”, como antes señalábamos, tendente a

³⁶⁶ Entre la ya abundante bibliografía existente sobre este tema cabe citar:

F.W. Kindermann: *The Energy Policy of the European Community*. Madrid. 1992.

L. Hancher: *EC Electricity Law*. European Practice Library, Chancery Law Publishing. London. 1992.

Blumann y G. Joly: *Energy et Communautés européennes*, en *Revue trimestrielle de Droit Européenne* nº 4/1986.

J.C. Guibal y N. Commeau-Yannoussis: *Le marché unique et la politique énergétique*, en *Revue de Marché Commun* nº 334. Febrero 1999.

C.D. Ehlermann : *Quelles règles de fonctionnement pour le marché intérieur de l'énergie ?*, en *Revue de Marché Commun et de l'Union Européenne* nº 380. Julio-Agosto 1994.

Jean Bergougnoux: *Les enjeux de l'organisation du marché électrique Européen*, en *Europe de l'Energie: Réglementations et Enjeux pour les Entreprises*, Paris, 23-24 mars 1993, subrayaba, desde la perspectiva de aquel momento como Presidente de Eurelectric, la necesidad de combinar las especificidades del sector con la doble articulación de las reglamentaciones nacionales y comunitarias, llamando la atención sobre el desarrollo de la subsidiariedad y la aplicación de las excepciones previstas en el Tratado al Derecho de la competencia para encajar las obligaciones de servicio público del sector.

A. Fiquet: *Le secteur électrique européen et le marché intérieur de l'énergie*. CJEG, enero 1992.

liberalizar el sector eléctrico europeo en tres fases o etapas diseñadas por el entonces Comisario de Energía, el portugués Cardoso e Cunha³⁶⁷.

Así, en aquella fecha se dicta una Directiva del Consejo relativa a un procedimiento que garantice la transparencia de los precios a los consumidores industriales finales de gas y electricidad³⁶⁸. El objetivo de la norma se deduce fácilmente de su propia denominación: establece mecanismos de información transparentes con relación a los precios eléctricos en Europa y, en particular, los referentes a los grandes consumidores industriales.

La Directiva parte de un hecho constatable, rotundamente recogido en uno de sus Considerandos: *“el grado de transparencia no es igual para todas las fuentes de energía ni en todos los países y regiones de la Comunidad, lo cual pone en peligro el mercado interior de la energía”*.

Desigualdades económicas y desequilibrios territoriales –las modalidades de fijación de tarifas o de determinación de los precios observan enormes diferencias de un lugar a otro de la Comunidad– que afectan negativamente la competitividad industrial y dan lugar, desde la perspectiva jurídica a discriminaciones para con los consumidores ya que “impide que estos puedan optar libremente entre fuentes de energía y proveedores” y falseamiento de la competencia que impediría el correcto funcionamiento del mercado interior de la energía³⁶⁹.

La norma persigue asegurar, en primer término, el principio de transparencia. Transparencia es un capítulo esencial de la regulación como son los precios, a fin de que se conozca la distribución de los consumidores por categorías y la cuota de mercado que corresponde a cada uno de ellos.

³⁶⁷ Véase, entre otros, JOSE M^a GIMENO FELIU, “El Servicio público eléctrico en el mercado interior europeo”, Civitas, Madrid, 1994, pp. 81-110; y ELOY ALVAREZ PELEGRY, “Economía Industrial del Sector Eléctrico”, Ed. Civitas, 1998.

³⁶⁸ Directiva del Consejo 90/377/CEE de 29 de junio, relativa al establecimiento de un procedimiento que garantice la transparencia de precios a los consumidores industriales finales de gas y electricidad.

³⁶⁹ Uno de los Considerandos de esta Directiva destaca con acierto, que la petición de información sobre electricidad y gas también tiene efectos sobre otras fuentes de energía, al permitir la comparación con el petróleo, carbón, energías fósiles y renovables, y los distintos segmentos y categorías de consumidores.

Entiende el legislador comunitario que, esta primera medida no sólo asegurará la transparencia informativa en los términos antes apuntados en el sector sino que será un elemento clave para profundizar en otras medidas o propuestas pertinentes a fin de avanzar en el mercado interior de la energía, ya que al conocer los precios y las condiciones de venta a los consumidores, junto con los sistemas de precios vigentes y la distribución de los consumidores por categorías de consumo, la Comisión dispondrá de suficientes elementos para ello³⁷⁰.

Tres meses más tarde se aprueba otra Directiva³⁷¹ que abría los derechos de tránsito de electricidad entre las grandes redes nacionales, creando un organismo representativo de las entidades responsables de aquéllas, que serviría de instancia consultiva de la Comisión, a fin de decidir, en su caso, modalidades de intercambios a realizar y, si fuera preciso, actuar como árbitro en situaciones de conflicto. Junto a esta misión principal de árbitro, o más exactamente de conciliador en casos de conflicto, corresponde a este organismo la facultad de asesorar a la Comisión en la configuración de las reglas de funcionamiento del tránsito de la electricidad en la Comunidad³⁷².

³⁷⁰ En seguimiento de la transposición de la Directiva 90/377/CEE la Comisión elevó cinco años más tarde un completo informe, con arreglo al art. 8 de la misma, al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. COM (96) 92 final, de 15 de marzo de 1996.

La transposición española tuvo lugar tardíamente, a través de la Orden de 19 de mayo de 1995 sobre información de precios aplicables a los consumidores industriales finales de electricidad, que vincula esta obligación a la derivada del art. 40 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, entonces vigente que imponía a las empresas distribuidoras la obligación de comunicar al Ministerio de Industria y Energía, la información que determine sobre precios, consumos, facturaciones y condiciones de venta aplicables a los consumidores, distribución de consumidores y volumen correspondiente por categorías de consumo, así como cualquier información relacionada con la actividad que desarrollen dentro del sector eléctrico; y en el Real Decreto 2550/1994, de 29 de diciembre, por el que se establecía la tarifa eléctrica para 1995.

La Disposición Adicional Unica de esta Orden establece que “la información que reciba la Dirección General de la Energía en virtud de lo dispuesto en la presente Orden, servirá para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Directiva 90/377/CEE, en lo que se refiere a la transparencia de precios de la electricidad”.

³⁷¹ Directiva del Consejo 90/547/CEE de 29 de octubre, relativa al tránsito de electricidad por las grandes redes.

³⁷² Ver a tal efecto la Decisión de la Comisión 92/167/CEE, de 4 de marzo de 1992, relativa a la creación de un Comité de expertos en materia de tránsito de electricidad por las grandes redes. DOCE L 074, de 20.03.02.

La norma de transposición en España³⁷³ define como operación de tránsito aquella operación de transporte de electricidad que reúna los siguientes requisitos:

- a) Que el transporte de electricidad se efectúe por Red Eléctrica de España, S.A. como Entidad responsable de la red de alta tensión, contribuyendo al buen funcionamiento de los intercambios europeos en alta tensión.
- b) Que la red de origen o de destino final esté situada en el territorio de la Comunidad Europea y pertenezca a una o varias entidades responsables, de acuerdo con el anexo de la Directiva 90/547/CEE.
- c) Que el transporte implique el cruce de, al menos, una frontera intracomunitaria.

El plazo de transposición se fijó el 1 de julio de 1991, lo que habría de permitir, como recordaba José María Gimeno³⁷⁴, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de dicho texto y los principios generales comunitarios, que la Comisión iniciase procedimientos por incumplimiento cuando estimase injustificada la falta de acuerdo en los intercambios intracomunitarios a través de las redes de alta tensión. Así pues, la Directiva afirma el principio de seguridad jurídica en un terreno justificando una actividad apoyada con anterioridad en meros instrumentos de cooperación, sin el soporte jurídico necesario ni procedimiento sancionador en caso de incumplimiento, alguno³⁷⁵.

³⁷³ Ver Real Decreto 344/1993, de 5 de marzo.

³⁷⁴ Ver José María Gimeno: El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo. Civitas. 1994. Págs. 87-88.

³⁷⁵ La nueva Directiva modificada 96/92/CEE reconoce que a la luz de la experiencia adquirida durante estos años tanto con la aplicación de la Directiva de tránsito de electricidad por las grandes redes, como por la Directiva 91/296/CEE del Consejo de 31 de mayo de 1991, relativa al tránsito de gas natural, “*conviene adoptar medidas para garantizar regímenes de acceso homogéneos y no discriminatorios para el transporte, incluidos los flujos de gas y electricidad, a través de las fronteras entre Estados miembros*”. En consecuencia, la Directiva comunitaria plantea la derogación de la Directiva 91/296/CEE, o lo que es lo mismo, su sustitución por los nuevos contenidos en materia de tránsito, condiciones de interconexión y acceso, de la Directiva y del nuevo Reglamento Comunitario relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad.

Cobra, en nuestra opinión, pleno sentido esta previsión normativa de carácter derogatorio o si se prefiere reformador y compilador de la normativa de tránsito por las grandes redes, ya que su lugar natural es la Directiva general de mercado interior eléctrico estableciendo así con mayor coherencia y precisión el grado de relaciones entre este capítulo del mercado interior eléctrico y los restantes vinculados al mismo. Resulta

2.5. El bloque normativo de las Directivas eléctricas.

Si bien todo proceso legislativo comunitario tendente a la aprobación de una Directiva con el alcance de la que examinamos, liberalizadora y desreguladora a su vez de los sectores preexistentes, sigue un complejo procedimiento con plazos tasados e intervención de distintas instituciones, en el caso que nos ocupa la propuesta de Directiva nacida del monopolio de iniciativa legislativa de que dispone la Comisión Europea, no arrancó al primer intento. Fueron necesarios por el contrario muchos y diversos esfuerzos institucionales y técnicos y el transcurso de un tiempo que desbordó con creces las previsiones y plazos iniciales, hasta el punto de que fue necesario tanto cambiar la base jurídica de la propuesta, disminuyendo la ambición de la Comisión, como el procedimiento de tramitación de la misma al haberse aprobado y ratificado en el iter de su elaboración el Tratado de Maastricht con el consiguiente efecto de la mayor asociación del Parlamento Europeo al Consejo, por reforzamiento del mecanismo de codecisión de las Directivas.³⁷⁶

Los primeros borradores datan de los meses de junio y julio del año de 1991, cuando la Comisión elaboró dos proyectos alternativos de nuevas Directivas en relación con el mercado interior eléctrico³⁷⁷., siguiendo un proceso análogo en el ámbito del gas natural³⁷⁸.

difícilmente comprensible que un apartado central del mercado interior eléctrico, como es el tránsito y por tanto acceso a las grandes redes, no se incardinase ya, en aquel momento, como uno de sus apartados centrales, en el marco de dicha iniciativa general.

³⁷⁶ F. Casana de la Dirección General de Energía de la Comisión Europea, afirmaba “tras ocho años de largas y complicadas discusiones, los Estados miembros alcanzaron, durante la celebración de un Consejo extraordinario el 20 de junio de 1996, una posición común sobre la liberalización del mercado interior de la electricidad, lo que supone un paso adelante fundamental en la realización del mercado interior de la energía. De esta forma, el mercado interior de la energía, que ya era una realidad en el campo de la libre circulación de productos petrolíferos, e igualmente aunque el margen de actuación resulte más reducido, en el sector del carbón, viene ahora a casi completarse con el mercado interior de la electricidad”. F. Casana “Política Energética comunitaria., en la obra colectiva” Estrategias de desarrollo energético en los mercados regionales integrados”. Montevideo 1996, edi. A. Saiz de Bustamante, Ventura Nunes, y Vicente Gil.

³⁷⁷ Así,

- La Dirección General IV (de la Competencia) preparó un borrador de Directiva en base al artículo 90.3 del Tratado de Roma; y,
- La Dirección General XVII (de la Energía), a su vez elaboró otro proyecto de Directiva fundamentada en el artículo 100A.

La tramitación de ambos proyectos de Directiva se inició conjuntamente, con la idea de someterlos a aprobación del Colegio de Comisarios a finales del mes de julio de 1991. Sin embargo, en uno de los

Posteriormente, el entonces Comisario de Energía Cardoso planteó un proceso de liberalización en tres etapas. Los principios generales que informarían dicho plan serían: la progresividad y la subsidiariedad, es decir, la utilización de la mínima regulación comunitaria posible que se elaboraría en base al artículo 100A, y por tanto, con el consenso de los Gobiernos³⁷⁹.

exámenes internos previos que todo proyecto de este tipo ha de pasar, concretamente en la reunión de Jefes de Gabinete de los Comisarios, no hubo acuerdo al respecto, criticándose algunos aspectos entre los que cabe destacar: la carencia de estudios sobre la viabilidad y el impacto económico de esos proyectos y la falta de audiencia de las instituciones y sectores afectados.

Por ello la tramitación quedó suspendida, a la espera de que se completasen los requisitos anteriores.

Finalmente, la Comisión reorientó, a través de la Dirección General XVII, su marcha para lograr el mercado interior de energía eléctrica, presentando un plan en tres fases al respecto.

³⁷⁸ Ver COM (91) 548 final SYN 384 y 385, sobre las normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas, 24 de febrero de 1992; y COM (93) 643 final, sobre las propuestas modificadas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al establecimiento de normas comunes para el mercado interior del gas natural y de la electricidad, 9 de diciembre de 1993. Finalmente la Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, completa dos años más tarde que la Directiva eléctrica, el proceso de armonización legislativa energética iniciado a finales de los ochenta.

³⁷⁹ En lo que respecta a la electricidad las tres fases eran las siguientes:

Primera fase. Puede considerarse realizada a lo largo de los años 1990 y 1991 e incluiría como logros:

- La Directiva de transparencia de precios; y,
- La Directiva de tránsito de la electricidad.

Segunda fase. Se propondría inmediatamente para entrar en vigor el 1/1/93. Su objetivo sería dar el siguiente paso en la liberalización de los mercados eléctricos en base a:

- La abolición de los monopolios de producción de electricidad, es decir, el establecimiento de la competencia en el nivel de generación de energía eléctrica.
- La introducción de un sistema no discriminatorio para la concesión de autorizaciones de construcción de nuevas líneas de transporte de energía eléctrica.
- La implantación de un esquema de acceso de terceros a la red limitado a:
 - Grandes consumidores de electricidad (como, por ejemplo, las industrias de aluminio, del acero, del vidrio y algunas químicas).
 - Compañías de distribución de electricidad.
- El establecimiento del *unbundling*, es decir, la separación de la gestión operacional y contable de la producción, el transporte y la distribución en las sociedades eléctricas verticalmente integradas.

Sobre la base de estos principios la Comisión presentó al Consejo en 1991 su propuesta de Directiva de normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

Desde su presentación por la Comisión el 22 de enero de 1991, la propuesta de Directiva de normas comunes para el mercado interior de la electricidad fue objeto de múltiples enmiendas, modificaciones, dictámenes y consultas por parte de las demás instituciones Comunitarias. El Consejo de Energía de 30 de noviembre de ese mismo año rechazó la misma, en razón de la oposición de la mayoría de los Estados miembros al establecimiento de mecanismos de acceso de terceros a la red, solicitando a la Comisión que elaborase una nueva propuesta.

La Comisión por su parte manifestó su intención de esperar a la finalización de los dictámenes del Comité Económico y Social y del Parlamento Europeo, con el objeto de apoyarse en los mismos para la redacción de su nueva propuesta.

Al tener su base jurídica en el artículo 100A la Directiva 96/92 debió ser informada por el principal órgano consultivo en temas económicos y sociales de la Unión, el Comité Económico y Social y por el Parlamento Europeo, en este caso en razón del procedimiento establecido en el artículo 189B del TUE que prescribe el mecanismo codecisor de este tipo de normas entre Consejo y Parlamento.

El repaso de las conclusiones principales que alcanzaron en sus Informes ambos órganos comunitarios ofrece, a nuestro juicio, particular interés, para calibrar tanto la dificultad de la materia como las modificaciones –algunas substanciales– que fue observando la propuesta a consecuencia de las enmiendas y debates que tenían lugar en el seno de las Instituciones comunitarias³⁸⁰.

Tercera fase. Las disposiciones necesarias se empezarían a elaborar desde ahora para su entrada en vigor el 1/1/96. El objetivo sería lograr completar la implantación total del mercado interior extendiendo el acceso de terceros a todos los consumidores, con excepción de los residenciales y las pequeñas industrias y comercios. Para estos últimos continuarían existiendo los monopolios de distribución y las tarifas seguirían siendo reguladas.

³⁸⁰ 1er Dictamen del CES.

El Comité Económico y Social de la Unión Europea evacuó dos Informes sobre la Directiva eléctrica. El primero de ellos (DOCE C 73, de 15 de marzo de 1993), de mayor profundidad y estudio, tuvo que analizar más de 500 enmiendas. Al final el Dictamen fue aprobado por el Pleno el 27 de enero de 1993, con 87 votos a favor, 17 en contra y 32 abstenciones. El Comité apoyó sólo algunos aspectos de las propuestas de la Comisión y emitió ciertas reservas.

En resumen, cabe señalar como Conclusiones del CES las siguientes:

1. Acceso de terceros a la red (ATR): el CES se oponía al plan y al calendario de introducción de este sistema previsto en la propuesta de directiva a examen. Sin rechazar totalmente la oportunidad de introducir el ATR en el futuro, el CES recomienda la adopción, como etapas previas e inmediatas, de otras disposiciones: aumento de la competencia a escala de producción de electricidad, aplicación de criterios comerciales a nivel de transporte y distribución así como el principio del “unbundling” contable. Paralelamente, recomienda desarrollar la armonización de las políticas energéticas nacionales y las condiciones financieras, fiscales, medioambientales que regulan estos sectores, como condición o factor previo a la adopción de medidas que permitan el acceso de terceros a las redes.

2. Seguridad de suministro, tanto a nivel de fuentes primarias como en lo que concierne a la garantía y la calidad de los servicios a los consumidores.

3. Redes transeuropeas de electricidad: El CES lamenta la ausencia de datos relativos a la capacidad de las líneas de alta tensión así como sobre los proyectos de desarrollo en el futuro.

4. Ordenación institucional. El Comité aboga por un refuerzo de la coordinación de las políticas energéticas de los Estados miembros, a fin de tener en cuenta los intereses legítimos de los consumidores en su conjunto en cuanto a un suministro regular en las mejores condiciones económicas posibles.

5. Medio ambiente. El CES se declara preocupado por la ausencia de toda referencia a los problemas relacionados con el medio ambiente e invita a la Comisión a proceder a un estudio exhaustivo para que la aplicación de los principios de libre competencia y de liberalización no pueda en ningún caso reducir las exigencias de la protección del medio ambiente.

Dictamen del Parlamento Europeo (1ª lectura).

En primer lugar debe señalarse que este primer Dictamen del Parlamento Europeo (DOCE C 329, de 6 de diciembre de 1993) amplió el ámbito de aplicación de la propuesta, llegando a definir nuevas modalidades de organización y de funcionamiento del sector eléctrico; incorporando la formulación de elementos o misiones de interés general; subrayando criterios y procedimientos aplicables en lo relativo a concursos de adjudicación etc.

Por otro lado se establecieron los principios con arreglo a los cuales deben actuar los Estados miembros para proceder a la armonización de su sector eléctrico: organización de los mercados nacionales en base a unas obligaciones mínimas (de servicio público o interés general) que deben presidir el funcionamiento de los mercados eléctricos; respeto de las normas medioambientales; armonización de la fiscalidad; transparencia de cuentas, de costes y de precios; protección social de las personas, y normas mínimas de seguridad.

En cuanto a los asuntos principales del Dictamen y su aprobación por el Parlamento en esta primera lectura, deben destacarse las siguientes cuestiones:

(i) Nueva generación.

Se propone la abolición de los derechos exclusivos para las nuevas capacidades de producción y de transporte.

(ii) Acceso de terceros.

1. El acceso a la red debe estar abierto con carácter prioritario a los autoprodutores y los productores independientes instalados en el territorio de la red.

2. Las empresas generadoras y de transporte pueden concluir contratos de suministro a largo plazo con los grandes consumidores industriales sobre la base de acuerdos comerciales voluntarios. En el caso de que estos consumidores industriales se encuentren interconectados a otras redes de distribución, el ATR debe resultar de la negociación con la sociedad de distribución que gestiona la red. Los Estados miembros

designarán una autoridad competente que deberá ser independiente de las partes para regular los conflictos relativos a los contratos y a las negociaciones en cuestión.

3. Los productores exteriores pueden negociar un acceso a otro mercado en los siguientes casos:

a) Para concluir un contrato de suministro de acuerdo con lo señalado con un gran consumidor industrial o con una empresa de distribución.

b) Para concluir un contrato de suministro como consecuencia de un concurso de adjudicación de nuevas capacidades de producción.

4. Sin esperar al final del período preparatorio (31 diciembre 1998) cada Estado miembro podrá establecer un sistema basado en el ATR, fijando internamente las modalidades del mismo, sin perjuicio de las normas comunes enunciadas en la Directiva.

Los Estados miembros vigilarán que las partes negocien de buena fe y, por consiguiente, que ninguna de ellas abuse de su posición en la negociación. El concesionario de la red o del Estado miembro puede rechazar el acceso, especialmente para el caso en el que el contrato en cuestión le impida cumplir las exigencias de las misiones de servicios públicos que le son asignadas o ponga en cuestión el equilibrio económico del servicio de interés económico general que le ha sido encomendado. Los Estados miembros establecerán un sistema para reglamentar los litigios eventuales.

(iii) Suministro.

Se establece un monopolio de suministro de electricidad a los clientes finales, según las modalidades fijadas para cada Estado miembro, y por un período no inferior a quince años.

(iv) Transparencia de cuentas.

Se extiende también a los costes, aunque el “unbundling” pudiera diferirse hasta el final del período preparatorio.

La Comisión manifestó entonces estar de acuerdo con muchas de las consideraciones apuntadas por el Parlamento Europeo en su Dictamen, y presentó su propuesta modificada de normas comunes para el mercado interior de la electricidad el 11 de febrero de 1994 (DOCE C 123/1, de 4 de mayo de 1994), teniendo en cuenta dichas consideraciones. En particular cabe destacar el paso de un Acceso de Terceros a la Red regulado, a un ATR negociado entre las partes, la modificación de la estructura de la Directiva para regular de forma específica y separada el ATR, la garantía de la independencia de la red de transporte, y la introducción de dos sistemas para la entrada de nuevas instalaciones de generación (autorización y licitación).

Sobre esta propuesta modificada se expresó -en términos bastante positivos- un nuevo Dictamen del Comité Económico y Social en abril de 1994.

2º Dictamen del CES.

El CES adoptó durante su sesión plenaria del 28 de abril de 1994 (DOCE C 195, de 18 de julio de 1994) en Bruselas, por amplia mayoría y dos abstenciones, su segundo Dictamen sobre la Directiva de mercado interior de la electricidad. Cabe destacar del mismo los apartados siguientes:

(i) Organización del sector de la electricidad.

El CES se muestra satisfecho de que la propuesta revisada reconoce la facultad a los Estados miembros de exigir obligaciones de servicio público a las empresas que operan en dicho sector, en los límites fijados por el Derecho comunitario, y solicita a la Comisión que defina con exactitud las obligaciones lo antes posible.

(ii) Producción y transporte en el sector de la electricidad.

Entre estos debates y modificaciones cabe destacar la presentación por parte de Francia, en el Consejo de Energía del 25 de mayo de 1994, de una propuesta alternativa al ATR negociado de la Comisión, denominado sistema de Comprador Único, haciendo aún más complejos y delicados los debates en torno al acceso a las redes. Según este sistema, el Comprador único sería aquella persona jurídica que dentro del sistema en el que esté establecida, fuese responsable de la compra a los productores en condiciones competitivas y de su venta a los distribuidores y clientes finales a precios optimizados de toda la electricidad transportada a través del sistema de transporte. En el Consejo de Energía de 1 de junio de 1995 bajo presidencia francesa, se aprobó la coexistencia de ambos sistemas

El Comité aprueba los nuevos criterios establecidos para la construcción de nuevas instalaciones de producción de electricidad, considerando que se deben perfeccionar los criterios, teniendo muy en cuenta a las pequeñas instalaciones de generación o de cogeneración y a la generación procedente de otros Estados miembros.

(iii) Operación del sistema de distribución de electricidad.

El Dictamen apoya plenamente las obligaciones de servicio público establecidas en la Propuesta relativas a la obligación de suministro y tarificación de dicho servicio.

(iv) Separación contable y transparencia de cuentas.

El Comité reitera la necesidad de garantizar la confidencialidad de los datos.

(v) Acceso a la red.

El Comité se congratula por la nueva propuesta de la Comisión relativa al establecimiento, de forma voluntaria y negociada, del acceso de terceros a la red. Sin embargo considera que determinados aspectos merecen una explicación suplementaria: causas para negar el acceso, resolución de conflictos, o posibilidad de acceso abierto a los distribuidores.

(vi) Proceso de armonización.

Como ya señaló en su Dictamen anterior, el Comité reitera la necesidad de una progresión simultánea en materia de coordinación de las políticas energéticas de los Estados miembros y de armonización gradual de algunos factores como la fiscalidad, el medio ambiente o la consideración del alcance de las obligaciones de servicio público.

En conclusión, para el Comité la propuesta modificada supone el establecimiento de un equilibrio aceptable entre las posiciones de los Estados miembros, de la industria eléctrica, así como de las diversas categorías de consumidores. Asimismo, el Comité consideraba fundamental respetar el calendario previsto para la revisión de las Directivas antes del 1 de enero de 1999.

Debates en el Consejo y Dictamen del Parlamento Europeo (2ª lectura).

Con independencia de su sometimiento al Dictamen del Parlamento y del Comité Económico y Social, la propuesta de Directiva eléctrica fue objeto de amplios debates en el seno de los sucesivos Consejos de Energía sufriendo numerosas modificaciones hasta la adopción de la Posición Común el 25 de julio de 1996 (DOCE C 315, de 24 de octubre de 1996).

siempre que se diesen las condiciones que aseguren la reciprocidad entre ambos, así como sus efectos equivalentes de acuerdo con una serie de principios.

La definición y aplicación de las obligaciones de servicio público así como las disposiciones concretas con relación a la apertura del mercado fueron objeto asimismo de intensas discusiones.

Finalmente en el Consejo Extraordinario de Energía de 20 de junio de 1996 se logró llegar a un acuerdo político para la adopción de la Posición Común. Esta Posición Común fue enviada al Parlamento Europeo para su examen en segunda lectura, en aplicación del procedimiento de codecisión. Se recibió oficialmente por el Parlamento el 4 de septiembre, y la Comisión de Investigación, Desarrollo Tecnológico y Energía (CERT) elaboró su dictamen que se elevó posteriormente al Pleno.

A pesar de las enmiendas presentadas el Parlamento Europeo adoptó el 11 de diciembre de 1996 su Dictamen aprobando la posición común del Consejo sin aceptar ni una sola enmienda. Las diez enmiendas propuestas por la CERT fueron rechazadas por amplias mayorías, así como las otras 22 presentadas por los diferentes grupos políticos (entre ellas, la de Izquierda Unitaria solicitando el rechazo puro y simple de la Posición del Consejo, la de los Verdes favorable a la introducción de una tasa comunitaria sobre la energía y la del PSE relativa a la inclusión de “todos” los distribuidores en la categoría de clientes elegibles).

Tras el Dictamen favorable del Parlamento europeo, la Directiva se adoptó finalmente en el Consejo de Pesca celebrado el 19 de diciembre de 1996, siendo publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 30 de enero de 1997³⁸¹, como “Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de diciembre de 1996 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad”, entrando en vigor a los veinte días de su publicación.

³⁸¹ D.O.C.E. L 27/97 de 30 de enero de 1997.

3. BASES DE ORDENACIÓN: CONTENIDOS DE LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE EL SECTOR ELÉCTRICO. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y TENDENCIAS DE REFORMA.

3.1. Naturaleza y objetivos.

Las Directivas comunitarias³⁸² son el instrumento jurídico público normativo central para asegurar la gradual pero decidida aproximación normativa de los Estados miembros de la Unión Europea, ampliando así los objetivos principales que persigue esta instancia supranacional reflejados en los artículos 2 y 3 del TUE.³⁸³ Como instrumento de armonización y aproximación de los ordenamientos nacionales se dirige a los Estados miembros obligándolos en cuanto al resultado a alcanzar, pero permitiendo que éstos adopten las medidas legislativas, reglamentarias y administrativas necesarias para dicho fin dentro del plazo que ésta establezca, quedando a discreción de las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios. Los resultados que persigue toda Directiva- instrumento jurídico, por otra parte original y propio exclusivamente del orden comunitario-³⁸⁴ constituyen la parte “indisponible” o “intangible” para la transposición nacional, y por tanto el núcleo de derechos y obligaciones que nacen para los destinatarios de la misma. La “forma y medios”, a través de los que se alcanzarán aquellos “resultados”, nos ofrecen el

³⁸² DEVOLUY, Michel. *Les Politiques Economiques Europeennes*. Inedit. Economía. Ediciones Le Seuil. París 2004.

“La intervención pública cambia de naturaleza. Se trata de asegurar el acceso a –las infraestructuras y otros recursos esenciales-, de fijar los peajes de uso de las redes, de verificar que los operadores históricos no se benefician de los avances industriales, así que determinar y de repartir los costes del servicio universal asumidos generalmente por el operador histórico”.

³⁸³ El término Directiva, alejado de nuestra tradición jurídica interna hasta la adhesión a los Tratados comunitarios aparece por vez primera vez en el Tratado CECA, arts. 14.2, 15.2 y 3, bajo la denominación de Recomendación, si bien éste concepto se corresponde en los restantes Tratados fundacionales (EURATOM y CEE) como un acto no vinculante jurídicamente, “las recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes” (art. 249; ex – 189).

El Libro Verde sobre seguridad del suministro de energía rubrica uno de sus capítulos “Un marco jurídico armonizado”, poniendo en el mismo de manifiesto la diferencia entre el marco jurídico armonizador comunitario y el existente en los Estados Unidos: “*el marco jurídico para la apertura de los mercados en Europa es uniforme y está regido por la misma Directiva que impone unas obligaciones mínimas a todos los Estados miembros. En Estados Unidos, en cambio, no hay ninguna ley federal que establezca tales normas, y la apertura del mercado se realiza Estado por Estado*”.

³⁸⁴ En este sentido, el Libro Verde.

margen de libertad o discrecionalidad concedida en el acto de transposición³⁸⁵. Por ello, la Directiva ha sido conceptuada como un procedimiento de legislación indirecta en dos etapas, adquiriendo un efecto normativo pleno a consecuencia de su transposición³⁸⁶.

Las Directivas son normas dirigidas a los Estados miembros, que deberán transponerlas a sus ordenamientos internos y aunque en principio no tienen efecto directo ni pueden ser invocadas ante las autoridades nacionales, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha reconocido que cuando concurren los requisitos de incondicionalidad, precisión y claridad tales normas tienen efecto directo.³⁸⁷

Por tanto, la no transposición o transposición incorrecta de las Directivas generan efectos jurídicos directos, susceptibles de ser invocados jurisdiccionalmente por sus destinatarios, personas, Entidades o Estados. El Estado incumplidor deberá resarcir a todos aquellos perjudicados por el incumplimiento en la adaptación del Derecho comunitario, cuando exista relación causal entre dicho perjuicio y la no transposición³⁸⁸.

Así pues, las Directivas se erigen en eficaz método de integración comunitaria salvando, en la forma y los medios, las opciones de “transposición” nacional. Los Estados miembros tienen libertad para adoptar estas normas, quedando sin embargo obligados en

³⁸⁵ Aceptamos sin reservas la posición doctrinal que entiende que la competencia reservada a las autoridades nacionales en razón del acto de transposición es una competencia de ejecución, y no una competencia de recepción, en el sentido establecido en el ámbito del Derecho internacional. Ver a tal efecto las consideraciones que se realizan en el estudio de Enrique Manuel Puerta Domínguez “La Directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho”, Editorial Comares, Granada, 1999, págs, 129-132.

³⁸⁶ Ver Isaac. 1995. Pág. 146.

Ver Sentencias, Francovich de 19 de enero de 1991; Wagner Miret de 16 de diciembre de 1993; Faccini Dori de 14 de julio de 1994, entre otras.

³⁸⁷ Asunto 103/88 Fratelli Costanzo; Asunto 31/87 Beentjes; Asunto 76/97 Toegel.

³⁸⁸ Asimismo deberá tenerse en cuenta el posible efecto directo por transposición incorrecta, como reitera la Jurisprudencia del TJCE (Sentencias de 23 de febrero y 3 de marzo de 1994, y de 11 de agosto de 1995) el efecto directo (vertical) de las Directivas comunitarias incumplidas si sus preceptos, por su naturaleza, son susceptibles de generar dicho efecto. Criterio reconocido por la Jurisprudencia del TJCE cuyas Sentencias Beentjes, de 20 de septiembre de 1988, y Fratelli, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos) afirman el efecto directo por no transposición en plazo de Directivas comunitarias “*en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación*” (STJCE 19 de noviembre de 1991).

cuanto a la materia, pues deben obtener el resultado querido en la instancia comunitaria y no pueden por ello mantener ni adoptar normas que impidan la consecución de dicha finalidad. Cabe recordar que el artículo 189 al obligar a los Estados miembros a transponer la norma europea, activa el principio general de eficacia que se ve cumplido con el mismo acto de transposición de aquélla a los ordenamientos nacionales.³⁸⁹

Las Directivas del sector eléctrico son del Parlamento y del Consejo, ajustadas por tanto al procedimiento de codecisión³⁹⁰ en la aprobación de las mismas según lo dispuesto en el antiguo artículo 189B, y apoyan su base jurídica además de en este precepto en los artículos 57.2; 66, y el 100A, al ser normas de armonización del mercado interior³⁹¹.

Si aceptamos que las técnicas legislativas de transposición de Directivas se pueden agrupar en las calificaciones de “por referencia” que implica el mero acatamiento formal de las obligaciones establecidas en la disposición europea, o “transposición detallada”, que repite, reordena, amplía o glosa las citadas obligaciones para acomodarlas a las necesidades del ordenamiento interno, la Directiva 96/92 y la Directiva 2003/54 se adscriben, sin duda, a este segundo grupo.³⁹²

³⁸⁹ Como apunta J.E.Soriano, “la adopción de las Directivas por los distintos Estados exige un instrumento normativo de transformación a fin de que las mismas sean realmente operativas en el plano interno; es decir, se exige por parte de cada Estado destinatario que éste ponga a punto los instrumentos con los que conseguir trasplantar tales Directivas, por lo cual éstas son, en realidad, normas de naturaleza comunitaria en su origen y de naturaleza estatal en su fin, o sea que el iter normativo que ha de recorrer una Directiva para culminar su ciclo vital, pase necesariamente por dos fases, una primera comunitaria, en la que se establece el resultado a conseguir, y otra de naturaleza estatal en la que cada Estado, como sujeto únicamente responsable, ha de desarrollar una actividad normativa imprescindible para conseguir ese resultado comunitario. Se trata, en definitiva, de asegurar la participación de todos y cada uno de los estadios en el proceso comunitario, animando sus voluntades en una línea claramente integracionista”. En “Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria”. Tecnos, 2ª edición. 1988, pág.108.

³⁹⁰ No hubiera sido así al comienzo del proceso desregulador comunitario, ya que no existía entonces dicho proceso de co-decisión o colegislación entre el Consejo de Ministros Europeo y el Parlamento, sino una vía más tenue como es el procedimiento de cooperación, que, de acuerdo con la tradición histórica comunitaria, venía las facultades de decisión legislativa a favor del Consejo, adoptando el Parlamento un rol cooperativo, sin capacidad decisoria.

³⁹¹ El principio de libre circulación de mercancías es un presupuesto esencial en la definición y configuración del mercado interior eléctrico.

³⁹² Un interesante análisis de esta categorización, referida al caso de las Directivas sobre contratación pública europea, puede encontrarse en el trabajo de Sue Arrowsmith, en la obra colectiva “La Contratación pública en los denominados sectores excluidos”. Civitas. Thomson. Madrid 1997.

La primera Directiva se estructura en 39 Considerandos, ocho Capítulos y 29 artículos³⁹³ que tienen por objeto principal la apertura a la competencia para las nuevas capacidades de generación, bien a través de autorizaciones o de concursos; la introducción de un gestor de la red independiente, coexistencia de un sistema de Comprador Único (CU) y un sistema de Acceso de Terceros a la Red (ATR); la apertura del mercado homogénea y progresiva a los consumidores finales a partir de un determinado nivel de consumo, y la separación contable de las diferentes actividades por parte de las empresas eléctricas.

El objetivo central de esta norma es pues garantizar la liberalización gradual del sector eléctrico europeo, como base indispensable para la definitiva formación del mercado interior de la energía. Dicho objetivo se concreta a través de una serie de principios, que deberán transponerse a los ordenamientos nacionales “a más tardar el 19 de febrero de 1999”³⁹⁴. En opinión de E. M. Puerta Domínguez, la incorporación de la Directiva al Derecho interno en la fecha que termina el plazo establecido en la misma debe ser completa, lo cual no sería en principio incompatible con la circunstancia de que un Estado miembro pudiese optar entre , o bien llegar al final del plazo para cumplir totalmente su obligación por un solo acto, incluso adoptado el último día de plazo, o bien de un modo gradual, mediante cumplimientos parciales sucesivos habidos durante el transcurso de dicho plazo ³⁹⁵ Precisamente este ha sido, a nuestro juicio, el supuesto dado en la transposición española, pues ha tenido lugar, no desde el punto de vista formal o de la manifestación de voluntad del legislador interno , sino material del cumplimiento efectivo y completo de las previsiones comunitarias, en dos fases o etapas : la inicial pero incompleta de la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (Losen, de 1994), y la completa Ley del Sector Eléctrico 54/1997.

³⁹⁴ A juicio de Muñoz Machado, aunque el establecimiento de plazos no está previsto en los Tratados, es una consecuencia lógica de los principios del sistema comunitario “el plazo es necesario ,en primer lugar, para que pueda simultanearse en los diferentes Estados miembros la entrada en vigor de las nuevas reglas; en segundo lugar, es preciso para establecer un límite a partir del cual pueden ponerse en marcha los mecanismos de garantía frente a los incumplimientos de los Estados miembros; en tercer lugar ,es ineludible también para que los particulares puedan comenzar a hacer valer ante los Tribunales los derechos que hayan podido nacer de las previsiones de la Directiva” en la obra colectiva dirigida por E.García de Enterría “Tratado de la Unión Europea”, pág 615.

³⁹⁵ Ver Enrique Manuel Puerta Domínguez “La Directiva comunitaria como norma aplicable en derecho”. Editorial Comares, Granada, 1999, pág. 119.

Por su parte, el modelo británico no sólo se preocupaba de reestructurar la industria "aguas arriba", las "Wholesale transactions", sino también en el mercado minorista "retail Wheeling"³⁹⁶.

Algo parecido ocurrió en Noruega en 1991, aunque con diferente alcance. Luego vino el "Blue Book" californiano. Y, en Estados Unidos la primera parte del 2000 centró la discusión, tras un proceso inicial de apertura desigual en más de una treintena de Estados, en la significación de normas como la Order 888 y la 2000 focalizada en mejorar los mecanismos de coordinación en la esfera de la operación del sistema³⁹⁷.

Si bien la liberalización energética europea se ha conducido a través de las Directivas sectoriales, debe tenerse en cuenta que en ausencia de poderes expresos, el Tratado ha ofrecido la posibilidad de intervenir en los sectores y mercados energéticos, a través de medidas concretas, como el Derecho de la competencia³⁹⁸.

La Directiva 96/92 pone en conexión normativa las libertades de circulación comunitarias con la necesidad de reorganización del sector eléctrico hacia un mercado competitivo; reconociendo por tanto en el sector, la necesidad del derecho de establecimiento; la libre circulación de mercancías, y con ello la supresión de los obstáculos a la importación y exportación, y la libertad de acceso como elemento necesario para garantizar la competencia en industria de red, tal y como había sido reconocido para el

³⁹⁶ Empezando la primera etapa de tan trascendental reforma con la privatización de la Central Electricity Generating Board.

³⁹⁷ Tras la Comunicación referida de la Comunidad Europea había que pasar de las musas al teatro y para esa tarea, en congruencia con el diseño jurídico y los objetivos políticos del mercado único, el instrumento normativo empleado fueron las Directivas. Si en el Libro Blanco Delors se contaban 296 las que debieran transponerse en seis años, podríamos fácilmente incorporar a tal propósito las correspondientes a los sectores energéticos, es decir, otras cuatro, llegando así a las 300 tantas veces enunciadas, pero no relacionadas con el capítulo energético. Directivas que luego ampliarían su campo de actuación a los países miembros del Espacio Económico Europeo, en el 92, con la firma del Tratado del mismo nombre, que integraba a aquellos en el espacio jurídico del mercado europeo.

³⁹⁸ La base jurídica en el primer intento liberalizador fue la apoyada en el antiguo artículo 90.3, que había sido el mismo fundamento legal empleado para la apertura de primera hora en el sector de las telecomunicaciones, la Directiva de equipos terminales. Esta Directiva del Colegio de Comisarios no prosperó, y hubo de confiar su materialización a la que se articulaba bajo el trípode: redes, transparencia, organización de mercados, en la que participaron sucesivamente los Comisarios Cardoso, Matutes, Oreja y Papoutsis.

sector de las telecomunicaciones, y luego se hiciera en el transporte aéreo o los servicios postales, entre otros.

La configuración de las libertades comunitarias de circulación y el derecho de competencia, bajo la excepción singular prevista en los servicios económicos de interés general, fueron los pilares jurídicos del modelo.

Asimismo, se inició la senda de organización del citado acceso en mercados mayoristas e instituyó la separación de actividades como presupuesto necesario del acceso en igualdad de condiciones, evitando la transferencia de rentas en empresas verticalmente integradas y, con ello, la distorsión de los mecanismos competitivo en tales actividades.

La Directiva eléctrica corrió en paralelo a la redacción de la Directiva gasista, inspiradas en idéntico objetivo y animadas en su materialización por principios jurídicos y técnicas de regulación similares, cuando no idénticos. Ello provocó, con independencia de otras incidencias del proceso de elaboración y aprobación de cada una de ellas, que ambos textos tuvieran no pocas similitudes en muchas de sus previsiones, como se refleja casi miméticamente en buen número de Considerandos.

Este fenómeno de proximidad material de los dos principales textos comunitarios de la liberalización energética (Directivas eléctrica y gasista) no ha hecho más que acentuarse en los dos paquetes legislativos subsiguientes, el del 2003 y, el actualmente vigente de 2009.

Aunque las primeras Directivas requerían únicamente un determinado nivel de apertura en función de las opciones y umbrales de elegibilidad que determinaba, del orden del 41% del mercado, la realidad mostró que una buena parte de los Estados miembros superaron las previsiones de mínimos y siete de ellos llevaron a cabo una liberalización más amplia, al menos en su configuración formal, que la requerida por la norma europea.

Un aspecto, sin embargo, que resulta muy relevante del segundo proyecto liberalizador, el de 2003, y que confirmará más tarde el actualmente vigente, es su estructura jurídica formal. No estamos ante una nueva revisión de una Directiva, sino ante un conjunto

normativo formado por una Directiva y un Reglamento o dos Directivas y dos Reglamentos, si sumamos la regulación gasista a la eléctrica.

Este punto no es en absoluto banal, ya que no se trata sólo de una recomposición formal del cuadro de regulación energético en estas materias, sino de una intencionada ordenación, por un lado revisora de la Directiva precedente, y por otro, impulsora de tres elementos principales: el acceso a las redes; la resolución de las congestiones; y el reforzamiento de las competencias y funciones de las autoridades independientes de regulación, pero a través de normas de distinta naturaleza, caracteres y efectos.

Debe tenerse en cuenta que los Reglamentos son normas con aplicación y efecto directo, y ello obliga a dotar de coherencia al bloque normativo que forman tales Reglamentos y las Directivas, porque si no existe el riesgo no ya de discordancias, sino de graves dificultades de interpretación y aplicación de ciertas previsiones de ambas normas. Así, el hecho de que el Reglamento establezca un modelo definido de mercado mayorista, y la Directiva ofrezca libertad en la organización de los mercados nacionales, en interpretación vencida en favor del principio de subsidiariedad.

Por otro lado, debemos recordar que la Directiva del 2003, a cuya transposición responden las leyes energéticas hoy aún vigentes a nivel nacional, insiste en dos ideas principales: la remoción de obstáculos “preexistentes”, y el objetivo de realización “plena” y “efectiva”, es decir, sin asimetrías, del mercado interior eléctrico. En tal sentido, reitera algunos principios y condiciones básicas que deben garantizar, en unos casos, y profundizar en otros, el camino liberalizador. Apunta que para completar el mercado interior de la electricidad, es primordial que los gestores de redes de transporte o distribución puedan acceder a la red en condiciones no discriminatorias. Y subraya la idea de gradualidad en la consolidación de la apertura en el sector, al manifestar que si bien los consumidores de electricidad deben elegir libremente a su suministrador, conviene adoptar un enfoque progresivo para la realización del mercado interior de la electricidad.

Desde la perspectiva técnico-jurídica, avanzó en algunos extremos, como la consolidación de la técnica autorizatoria en relación al concurso a la hora de proceder a la asignación de nueva capacidad, estableciendo, a tales efectos, un procedimiento reglado en

el que aspectos relativos a la ordenación del territorio, defensa del medio ambiente o eficiencia energética, ganan protagonismo. La posibilidad de conceder una mayor intervención a los Estados miembros en esta materia, queda limitada a determinadas circunstancias, casi de carácter extremo, vinculadas a supuestos de insuficiente capacidad que pongan en riesgo la seguridad del suministro, como quedó delimitado en una Nota de la Dirección General de Energía de la Comisión, donde se repasan ciertos supuestos, desde la contratación de capacidad por restricciones o elementos análogos.

Cabe afirmar que ni la Directiva 2003/54/CE ni la Ley 17/2007 han supuesto un cambio radical respecto a las bases para la creación del mercado interior de la electricidad, ya recogidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo. Y que tampoco han cumplido plenamente los objetivos que se habían marcado, habiéndose abierto más de cincuenta expedientes de infracción a nivel comunitario durante este período. Existiendo, a su vez, graves defectos de transposición en nuestro ordenamiento, como la figura de los clientes vulnerables³⁹⁹.

No conviene olvidar, sin embargo, que la armonización legislativa presentaba dificultades de partida, ya que no pocos de los diez Estados miembros de la última ampliación encontraron mayores problemas en función de sus situaciones de origen económico y jurídico de acusado control e intervención estatal, y, en no pocos casos, considerables ineficiencias internas.

El tercer paquete de medidas liberalizadoras lo integran no dos, como el anterior, sino tres normas: la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE, y los Reglamentos de condiciones de acceso y el que regula las autoridades independientes de supervisión.

³⁹⁹ Por otro lado, al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 1228/2003, de la Comisión, de 26 de junio de 2003, que regula los procedimientos empleados para asignar la capacidad de intercambio en las interconexiones entre países de la Unión Europea, se dictaron en España sendas Órdenes ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, y la Orden ITC/843/2007, de 28 de marzo, sobre los intercambios de electricidad entre España-Francia, a fin de regular un nuevo mecanismo de gestión de la interconexión aplicado de forma conjunta, con la participación de los operadores de los dos sistemas y de los mercados de ambos países.

En el primero, las medidas contempladas en estas normas comunitaria son la separación efectiva de la generación y el suministro respecto del agente responsable de la operación de la red de transporte; el reforzamiento de los poderes e independencia de los reguladores nacionales; la coordinación de los reguladores nacionales y los operadores de redes; la mejora de la transparencia de las transacciones en el mercado. Pero también se abordan otros muchos temas, desde la organización de mercados, los procedimientos autorizatorios, o los clientes vulnerables, hasta la creación de la figura del Defensor del Pueblo para el sector, los *smart meters*, o la irrupción del concepto “pobreza energética”.

En la esfera de la Directiva, la regulación de la separación de actividades es pieza central. La dificultad en la elección del modelo de separación entre actividades y la gestión del transporte y la operación del sistema, se reflejan claramente en su contenido. Dicho en términos de acrónimos y ampliando el debate a otros modelos de organización, se trataba de determinar si elegíamos un ITSO que asegurara la independencia patrimonial, un LTSO jurídicamente separado “*legally unbundled*”, o un ISO (desposeído de activos de transporte) o centrado sólo en sus funciones de despacho de red. El análisis de reducción de costes de transacción, conflicto de intereses entre actividades, acceso no discriminatorio y beneficios para la integración regional y europea, subyace en las alternativas del modelo elegido, entre otras cosas⁴⁰⁰.

En la parte expositiva de la Directiva vigente se afirma que “la separación efectiva sólo puede asegurarse mediante la eliminación del incentivo que empuja a las empresas integradas verticalmente a discriminar a sus competidores en lo que se refiere al acceso a la red y la inversión”⁴⁰¹ Y si bien más adelante subraya que “todo sistema de separación debe ser eficaz para resolver cualquier conflicto de intereses entre productores, suministradores y

⁴⁰⁰ No olvidemos que en industria de red, la organización del transporte es, también, en parte, organización del mercado e impacto sobre el mismo.

SO: Minimizar costes
TO: Maximizar activos
ISO: La mejor solución a largo

⁴⁰¹ Considerando 11 de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

gestores de redes de transporte “⁴⁰² Se pronuncia sutilmente a favor de la separación patrimonial, como un estadio superior en el proceso de transparencia y supervisión de la transferencia de rentas entre actividades al manifestar “ La separación patrimonial, entendiendo por tal una situación en la que el propietario de red es designado gestor de la red y es independiente de cualquier empresa con intereses de producción y suministro, es evidentemente una manera efectiva y estable de resolver el conflicto de interés “. Conflicto de interés que se califica de “inherente”.⁴⁰³Concluyendo que “en virtud de la separación patrimonial, debe exigirse a los Estados miembros que velen porque la misma persona o personas no puedan ejercer el control sobre una empresa de generación o de suministro, y al mismo tiempo, ejercer control o cualquier derecho sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte.” Y, de la misma manera, en razón de un lógico principio de equilibrio y reciprocidad regulatoria “el control sobre una red de transporte o sobre un gestor de red de transporte debe excluir la posibilidad de ejercer control o cualquier derecho sobre una empresa de generación o suministro”, aunque éstas puedan, dentro de ciertos límites, tener una participación minoritaria en aquellas.

Ahora bien, como antes apuntábamos la nueva norma se expresa con flexibilidad en esta materia, tanto en el perímetro de las obligaciones que impone, como en el plazo para aplicarlas. Así, se afirma que “dado que la separación patrimonial exige, en algunos casos, la reestructuración de las empresas, debe concederse a aquellos Estados miembros que decidan aplicar la separación de propiedad un plazo mayor”. Asimismo, se concedió la posibilidad de optar entre “la separación patrimonial y la creación de gestores de redes o de gestores de transporte que sean independientes de los intereses de suministro y generación”.

Dos puntos importantes para concluir este apartado, uno relativo a la convergencia gas-electricidad a los efectos de la aplicación de las previsiones normativas sobre separación de actividades. Y, otro, muy relevante respecto al grado de aplicación de esta técnica regulatoria a empresas no comunitarias pero que actúen en el mercado interior eléctrico. En

⁴⁰² Considerando 12 de la citada Directiva.

⁴⁰³ En el mismo sentido la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de julio de 2007 al señalar que la separación patrimonial al nivel del transporte es la herramienta más eficaz para fomentar las inversiones en infraestructuras de una manera no discriminatoria, el acceso justo a la red de nuevos operadores y la transparencia del mercado.

el primer caso la Directiva señala con claridad que “En vista de los vínculos verticales entre los sectores de gas y la electricidad, las disposiciones sobre separación, deben aplicarse a los dos sectores conjuntamente”. E igualmente, como reseñábamos antes “la plena separación efectiva de las actividades de red y las actividades de generación y suministro debe aplicarse en toda la Comunidad tanto a las empresas comunitarias como a las no comunitarias” y, a tal efecto “debe facultarse a las autoridades regulatorias para denegar la certificación a los gestores de redes de transporte que incumplan las normas de separación”⁴⁰⁴

3.2. Directiva-Marco sobre Mercado Interior de la Energía.

Desde la perspectiva formal, si examináramos con cierta atención las Directivas eléctrica y gasista, encontraríamos no pocos incentivos para la consolidación normativa. El texto eléctrico se estructura en sesenta y seis Considerandos y 56 artículos, y en 61 el respectivo de la legislación de hidrocarburos. Pues bien, casi cincuenta Considerandos son iguales –o mejor, de idéntica redacción- entre uno y otro texto. Y, en cuanto al articulado, casi dos tercios del mismo van mucho más allá de la mera correspondencia en los contenidos. El bloque de la regulación sobre la separación de actividades es un ejemplo paradigmático de lo anterior.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Considerando 24 de la Directiva de 2009.

⁴⁰⁵ *Leyes energéticas en países europeos. Países europeos que tienen una Ley General de la energía, unificando electricidad e hidrocarburos.*

Países que presentan una Ley unificada.

o Bulgaria

Energy Act: Promulgated in the State Gazette No. 107 of 9 December 2003, amended in the State Gazette No. 18 of 5 March 2004, amended in the State Gazette No. 18 of 25 February 2005, amended in the State Gazette No. 95 of 29 November 2005, amended in the State Gazette No. 30 of 11 April 2006, amended in the State Gazette No. 65 of 11 August 2006, amended in the State Gazette No. 74 of 8 September 2006

This Act regulates the social relations associated with the activities of generation, import and export, transmission, transit transmission, distribution of electricity, heat and natural gas, transmission of crude oil and petroleum products through pipelines, trade in electricity, heat and natural gas, and utilization of renewable energy sources, as well as the powers of state bodies in formulating energy policy, regulation and control.

o República Checa

Act 2000 - 458 Energy Act. BUSINESS CONDITIONS AND PUBLIC ADMINISTRATION IN THE ENERGY SECTORS AND ON AMENDMENT TO OTHER LAWS (THE "ENERGY ACT"), AS

AMENDED BY ACT NO. 151/2002 COLL., ACT NO. 262/2002 COLL., ACT NO. 309/2002 COLL., ACT NO. 278/2003 COLL., ACT NO. 356/2003 COLL. AND ACT NO. 670/2004 COLL.

This Act provides the conditions for business activity, the exercise of public administration, and non discriminatory regulation in the energy sectors, including the electricity sector, the gas sector and the heat sector, as well as the rights and obligations of individuals and legal entities related thereto, in compliance with the law of the European Communities.

o **Francia**

Proyecto de Código Energético

o **Reino Unido.**

Energy Act 2010. Modifica aspecto de las diferentes leyes energéticas pero no unifica la legislación ya que siguen vigentes la ley de electricidad y del gas.

Extracto de la Ley:

"PART 3

REGULATION OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS

General duties of the Gas and Electricity Markets Authority and the Secretary of State

16 Amendments of section 4AA of the Gas Act 1986

17 Amendments of section 3A of the Electricity Act 1989"

o **Alemania.**

In Germany, Energy Regulation is mainly subject to the Energy Industry Act (Energiewirtschaftsgesetz) which is Federal Law. The new EnWG dealing with the general structure of electricity and gas markets came into effect on 29 April 1998 and is directed towards the liberalization and deregulation of the German electricity and gas markets with the intention to lower prices for electricity and gas to a competitive level within in the European common market. The amending law serves to implement the EU Directive concerning common rules for the internal market for electricity into national law, in particular by changing the Energy Industry Act of 1935 and the Act Against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). The EnWG aims to achieve a safe, reasonably-priced and ecological-oriented energy supply for the public benefit (EnWG).

o **Polonia.**

Energy Law 1997. The Act defines the principles of development of state energy policy, principles and terms of supply and use of fuels and energy, including heat, and operation of energy enterprises, as well as determines organs in charge of fuel and energy economy.

o **Eslovenia.**

Energy Act.

o **Eslovaquia.**

No. 656 in the Collection of Laws of 26 October 2004 on Energy and consequential amendments.

o **Lituania.** (También tiene en vigor una Ley de Gas)

Law on energy 2002, The Law on Energy regulates general energy activities, the basic principles of energy development and management, energy and energy resources efficiency. Peculiarities of activities of

En efecto, un análisis pormenorizado de los principales textos que definen las normas de cabecera del mercado interior eléctrico y gasista, muestra la similitud, por no decir práctica identidad, en principios y técnicas de regulación de ambas normas, que fueron abordadas como piezas legislativas independientes, desde el comienzo de apertura a la competencia en dichos sectores a mediados de los años noventa del pasado siglo.

Consecuencia de lo anterior se puede constatar cómo la inmensa mayor parte de los 68 Considerandos de la Directiva eléctrica 2009/72/CE y los 66 Considerandos de la Directiva gasista 2009/73/CE, responden a una redacción prácticamente idéntica. Tan sólo cabría encontrar ligeras diferencias en los Considerandos 5, 6 y 8 de la Directiva eléctrica respecto de la gasista, derivados del hecho de abordar estos artículos materias relativas al acceso transfronterizo e interconexiones eléctricas. Lo referente a la regulación de los smart meters o contadores inteligentes (27), pequeños sistemas aislados (29), centrales virtuales (Considerando 37), aunque en este caso guardando una clara similitud en contenidos con el Considerando 33 de la Directiva gasista que regula los supuestos de cesión gasista; o los Considerandos 37, 41 y 42; el 37, al apuntar las características del gas natural desde la perspectiva del Derecho comunitario, subrayando las rigideces estructurales derivadas de la concentración de proveedores; el 42, relativo a los contratos a largo plazo o “take or pay”, y el 41, más específicamente destinado a subrayar el papel del biogás o gas obtenido a partir de la biomasa.

Si detenemos, por otra parte, el análisis del contenido de los 51 ó 56 artículos que integran respectivamente la Directiva gasista y eléctrica, advertiremos la identidad de las

individual energy systems and of relations between energy enterprises and consumers shall be established by other laws.

Provisions of other laws regulating energy activities shall be applicable to the extent they are not contrary to this Law.

o Letonia.

Energy law. This Law regulates the energy industry as an infrastructure of the economy that covers the acquisition, utilisation of energy resources and generation, purchase, conversion, storage, transmission, distribution, supply of various types of energy to energy users and the consumption of energy resources, as well as prescribes the transmission procedures within the energy industry and the principles for the organisation and development of the activity of energy supply merchants. [26 May 2005]

técnicas de regulación en que ambas normas se basan: obligaciones de servicio público; medidas de protección del consumidor; libertad de entrada y salida del sector; derecho de establecimiento; acceso de terceros a la red, separación de actividades; y regulación de la independencia de las Autoridades independientes. Práctica similitud en los principios y técnicas de regulación y más del ochenta por ciento de textos intercambiables en su contenido. ¿Qué sentido, pues, tienen dos normas del mismo rango, basadas en los mismos principios, apoyadas en idénticas técnicas de regulación, en tecnologías convergentes, que se dirigen en no pocas ocasiones a operadores comerciales que conviven en las mismas estructuras empresariales o grupos de sociedades, y cuyo contenido material, en las normas citadas, es prácticamente intercambiable?

¿No tendría acaso más sentido consolidar y articular ambos textos, afirmar con plenitud sus principios rectores y líneas de ordenación sectorial, plasmar con precisión las técnicas de regulación que sustentan tales derechos, y completar la regulación de ambas energías y tecnologías, con la regulación de técnicas conexas procedentes del ámbito renovable, y abordar así una Directiva-Marco del mercado interior energético? Directiva-Marco que obligara, por mor de transposición nacional, la redacción de leyes nacionales jurídicas de energía.

4. ORGANIZACIÓN DEL MERCADO: DIFERENCIAS DE ESTRUCTURAS NACIONALES. BREVE REFERENCIA AL CASO ALEMÁN, BRITÁNICO, FRANCÉS E ITALIANO.

Como hemos subrayado ya de la mano de algunos de los Considerandos de la primera Directiva, el sector eléctrico comunitario ofrece dos datos de partida y referencia inesquivables para comprender el proyecto liberalizador que se propone: a) su amplia tradición monopolística, ya que la práctica totalidad de los Estados miembros fueron configurando su sector eléctrico tras la Segunda Guerra Mundial bajo un modelo estatizador, con monopolios de derecho o de hecho sobre el conjunto y/o cada una de las fases del suministro eléctrico; y junto a lo anterior, b) la mayor o menor voluntad y orientación a la apertura o cambio manifestada en los últimos años, y en concreto tras la Electricity Act de 1989 y la adopción del Acta Única Europea y el nacimiento del mercado interior europeo.

Todo ello sin perjuicio de las diferentes formas de organización del poder territorial en cada Estado miembro en función de su mayor o menor nivel de descentralización y con ello de atribución de competencias a los entes inferiores del Estado.

Como afirma Christophe Lemaire a la víspera de la liberalización subsistían en los Estados miembros modos de organización de las redes relativamente heterogéneos. Contemplar su aproximación era muy delicado por el carácter especialmente sensible de este tema, y por ello las Directivas no pretenden alterar radicalmente los sistemas anteriores, sino fijar unos principios claros que deberán ser respetados por todos los Estados miembros y perseguir como objetivos comunitarios, la liberalización de los intercambios y la creación de un derecho de acceso a las redes.⁴⁰⁶

Por ello, al examinar la forma de organización, o la estructura, del mercado comunitario, podríamos considerar los tres criterios siguientes:

- a) Por el nivel de intensidad de la intervención o control de los poderes públicos.
- b) Por el grado de presencia del sector público empresarial.
- c) Por el ritmo de avance de los postulados liberalizadores.

a) *Alemania.*

La Directiva Europea de 1996 supuso el inicio de la reforma del sistema eléctrico alemán, que es el mayor de la Unión Europea. Tras la Directiva, el parlamento alemán aprobó la *Energiewirtschaftsgesetz* (EnWG, Ley de la industria energética) que estableció las bases de la liberalización, si bien de un sector que nunca fue nacionalizado. Formalmente, ésta abrió el mercado al 100% de los consumidores el primer día, pospuso la separación legal entre generación y transporte, articuló mecanismos de protección al carbón, la cogeneración y las renovables y optó por el mecanismo negociado de terceros a la red con los incumbentes verticalmente integrados, en lugar de optar por un acceso regulado. La reforma se ha desarrollado mediante un sistema de negociación entre las empresas

⁴⁰⁶ Christophe Lemaire: *Energie et Concurrente*. Tome I.

eléctricas, si bien tutelado por el Gobierno alemán. Los (por entonces) ocho incumbentes, junto con algunos agentes representantes de la gran industria firmaron un acuerdo llamado *Verbädeverinbarung* por el que se fijaban las tarifas de acceso a la red, modificado en dos ocasiones.

En 2000 se pusieron en marcha dos mercados mayoristas organizados: el European Energy Exchange (EEX), sito en Frankfurt el Leipzig Power Exchange (LPX). Tras un par de años de escasa liquidez, en 2002 ambos mercados se fusionaron dando lugar al segundo mercado “Over The Counter Market” (OTC) más líquido de Europa tras el Nord Pool, el nuevo EEX, pero con sede en Leipzig.

La promoción de las energías renovables se realiza mediante un sistema de primas a la generación, siendo la primera ley de primas para energías limpias, la conocida como *Stromeinspeisungsgesetz* que entró en vigor el 1 de enero de 1990, sustituida por la *Erneuerbare-Energien Gesetz* el 1 de abril de 2000, reformada en 2004 y 2009, y si bien el sistema de primas está siendo cuestionado, se ha mantenido a lo largo de los años.

En cuanto a la estructura del sistema eléctrico alemán, éste se caracteriza por su carácter descentralizado. El mercado minorista alemán está dominado por cuatro empresas integradas verticalmente E.on, RWE, Vattenfall y EnBW, que suministran aproximadamente al 50% del mercado y que funcionan como Gestores de la Red de Transporte. Por otro lado, existen proveedores regionales y municipales que suman unas 900 empresas eléctricas que prestan los servicios de generación, transporte y distribución de la energía eléctrica. Existen 9 empresas interconectadas EVS, Preussenelektra, RWE, HEW, VEW, BEWAG, Bayernwerk, Badenwerk y VEAG (todas ellas asociadas en DVG), unas 80 empresas distribuidoras regionales, 800 empresas municipales, muchos productores independientes, autoprodutores y cogeneradores industriales. Además el sistema tiene una razonable capacidad de interconexión con sus países colindantes, con la posibilidad para los Gestores de la Red de Transporte de denegar la petición de acceso desde un país petionario si los clientes alemanes no pueden disfrutar de derecho de acceso en el país petionario.

Las 9 empresas interconectadas son responsables de la explotación nacional e internacional del sistema interconectado y el transporte supraregional. Estas nueve empresas, asociadas en la DVG (Deutsche Verbundgesellschaft e.V.) generan junto a los productores independientes el 80% de la energía suministrada, y suministran directamente a los consumidores en determinadas áreas (40% de la demanda del país) suministrando el resto de la electricidad a compañías distribuidoras.

Las 9 empresas principales son empresas privadas (con participación pública en su mayoría) que planifican y controlan la actividad de generación, la mayor parte del transporte y una parte importante de la actividad de distribución. Siete de ellas están verticalmente integradas, siendo las más importantes Preussenelektra, RWE y Bayernwerk, que a su vez controlan la mayoría de VEAG. No existe un despacho central, sino que cada empresa gestiona su propio sistema, incluso realizando intercambios internacionales. Las empresas eléctricas regionales están relacionadas con las primeras, de las que compran energía para venderla a las empresas locales y a consumidores finales. Por su parte, las compañías locales son normalmente empresas dependientes del municipio al que suministran junto a la electricidad, agua, gas, o calefacción.

La falta de centralización alemana hace necesaria una buena coordinación. En el marco de la DVG, la planificación a medio y largo plazo y las decisiones sobre construcción de equipos de generación y transporte, son coordinadas de mutuo acuerdo entre las empresas interconectadas. Se dan asimismo numerosos y constantes intercambios de energía entre las empresas interconectadas y sus vecinos europeos tanto a corto como a largo plazo. Estas empresas interconectadas son a la vez colaboradoras y competidoras, por lo que es necesario mantener un equilibrio entre los principios de solidaridad y competencia, que normalmente son vistos como contradictorios⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ **Producción:** EVS, PREUSSENELEKTRA, RWE, HEW, VEW, BEWAG, BAYERNWERK, BADENWERK, VEAG (Asociadas en DVG).

70 Empresas Regionales (Asociadas en ARE).
Autoprodutores e IPP's.

Transporte: Empresas Asociadas en DVG.

Distribución: 9 Empresas Asociadas en DVG.
70 Empresas Regionales (Asociadas en ARE).
800 Empresas Municipales (Asociadas en VKU).

Las 70 empresas regionales asociadas en ARE (Arbeitsgemeinschaft Regionale Energieversorgungs-unternehmen), son responsables del transporte y distribución regional, generando el 8 % de la electricidad total del país y cubriendo el suministro del 30% de la demanda del país.

Finalmente, 845 empresas municipales, asociadas en VKU (Vereinigung Kommunalen Unternehmen), son responsables principalmente de la distribución local a clientes en ciudades y municipios, disponiendo asimismo de algunas plantas eléctricas, generando el 10% de la electricidad total y suministrando el 30% restante de la demanda del país

Todas estas empresas cooperan en el marco de la VDEW (Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke) que representa a toda la industria en materia de política energética.

Tras un primer intento en 2002, tras la segunda Directiva Europea de 2003, en 2005 el parlamento alemán aprobó una reforma del EnWG. La principal medida era la figura del regulador, financiado por los cuatro Gestores de la Red de Transporte, como un nuevo departamento del Bundesnetzagentur, organismo dependiente del Ministerio de Economía que ya era competente en los sectores de telecomunicaciones, correos y ferroviario. Entre sus competencias está la aprobación de tarifas de acceso, que se calculan para cada ejercicio. Una de las funciones del regulador es promover la separación jurídica de actividades.

Por otro lado, los Gestores de la Red de Transporte deben regular el aprovisionamiento eléctrico tomando en cuenta los intercambios con las otras redes de transporte y asegurando la explotación de la red en su zona de explotación.

La reforma también establecía un plazo de dos años desde la implantación del nuevo marco regulatorio para poner fin a las tarifas reguladas que los 16 estados federales tenían para los pequeños consumidores. Siguiendo la Directiva el acceso pasó a ser regulado y

reglamentado “ex ante”. En este sentido, el acceso solo podrá ser rechazado por escrito si es técnicamente imposible o inasumible o por otras razones de naturaleza económica o técnica.

b) *Francia.*

El sector eléctrico francés, desde la ley de nacionalización de 1946, está estructurado en torno a un único operador, EDF. Esta compañía es la principal operadora del servicio público, aunque hay casi 200 compañías más que producen y distribuyen electricidad.

Junto a EDF que posee la mayor parte del parque de generación y genera más del 93% de la electricidad en Francia, existen otros productores:

- Charbonnages de France (CdF), que gestiona varias centrales de carbón y vende la energía producida a EDF.
- Société Nationale des Chemins de Fer (SNCF) que dispone de centrales hidroeléctricas cuya producción se destina a la alimentación de la red de ferrocarriles.
- Compagnie Nationale du Rhone (CNR), con una importante capacidad de producción hidroeléctrica.

La red de transporte está monopolizada por EDF así como las operaciones de importación y exportación. Por lo tanto, en Francia existe una explotación unificada del sistema eléctrico que realiza EDF a través de un despacho central y ocho regionales, en base a los criterios de seguridad en el suministro en calidad, cantidad y mínimo coste.

La estructura de la producción se basa fundamentalmente en centrales nucleares que representan el 54% de la potencia instalada y el 76% de la producción. La energía hidroeléctrica supone el 24% de la potencia y el 16% de la producción. Las exportaciones eléctricas representan más del 15% de la producción.

En el sector de la distribución, además de EDF, participan unas 140 compañías que distribuyen en torno al 5% del suministro eléctrico francés. Tanto los productores como los

distribuidores ajenos a EDF tienen la obligación de entregar o recibir la energía eléctrica a ó de EDF.

c) Italia

El sistema eléctrico italiano tiene una estructura centralizada, como consecuencia de su Ley de Nacionalización de 1962.

El sector está organizado en torno al “*Ente Nazionale per l’Energia Elettrica*” (ENEL), entidad estatal autónoma cuyo capital es propiedad del Estado, que hasta 1991 explotaba en régimen legal de monopolio la producción, importación, exportación, transporte, distribución y comercialización de la electricidad.

Según la Ley de Nacionalización de 1962, quedaban fuera del monopolio de ENEL:

- las sociedades municipales,
- los autoproductores. Las compañías italianas autoproductoras de electricidad están organizadas en dos asociaciones llamadas Unapace y Apei, esta segunda representa a los pequeños productores independientes. Hay importantes autoproductores de electricidad en diversos sectores industriales, como Montedison (química), Italsider (metalurgia), Fiat (automoción), Michelin (neumáticos) o Ilva (acero),
- las empresas eléctricas que generan y/o distribuyen menos de 15 Gwh; este límite se amplía a 40 Gwh, cuando la energía producida por encima de los 15 Gwh, se obtenga mediante fuentes renovables.

El papel de los autoproductores ha ido creciendo en los últimos años gracias a la ley aprobada en 1991 y su Decreto de aplicación del año 1992, por el cual se suprime la limitación que inicialmente tenían, según la cual los autoproductores generaban electricidad para su propio consumo, con la obligación de consumir al menos el 70% de su producción.

En julio de 1992, el gobierno italiano transformó ENEL en una Sociedad Anónima, de capital estatal. La ley prevé la cotización en bolsa de un 49% de las acciones, e incluso un porcentaje superior con la autorización del Parlamento, lo que supone un paso decisivo para su privatización.

En 1999 el Sector Eléctrico italiano fue liberalizado con el Real Decreto Legislativo 79/99 de 16 de marzo, conocido como el “*Decreto Bersani*”, a fin de trasponer la Directiva número 96/92/CE del 19 diciembre 1996.

Este Real Decreto supuso un mercado eléctrico abierto, dando entrada en el mismo a nuevos operadores para producir y vender energía eléctrica y poniendo por tanto, fin al monopolio de ENEL que venía existiendo desde la nacionalización de 1962.

Dicho Decreto establece que ENEL y los nuevos operadores que formen parte del mercado eléctrico deben separar la producción, transmisión, distribución y venta a los clientes, además se impuso a ENEL la obligación de reducir su capacidad de producción. Con la entrada del “*Decreto Bersani*” cada fase está debidamente regulada a fin de obtener las mejores condiciones que garanticen la aplicación efectiva de la apertura del mercado, ya que las distintas fases serán encomendadas a empresas diferentes, cada una de ellas especializa en el ámbito que se le encomienda, lo que además de fomentar un mercado competitivo dará lugar a un mercado especializado.

En un principio, tras la aprobación del “*Decreto Bersani*”, la producción, venta, la importación, así como la exportación de electricidad pasaban a ser competencia de los operadores privados del mercado, mientras que la transmisión y el despacho de las actividades están reservados al Estado, que serán competencia del Gestor de Transmisión de la Red Nacional, al que se hará referencia con posterioridad.

El “*Decreto Bersani*” impuso varias medidas a ENEL a fin de potenciar la entrada de competencia en el mercado eléctrico italiano. Por un lado le impuso un porcentaje máximo de generación de electricidad del 50 % del total de la electricidad generada en Italia. A su vez, obligó al antiguo operador monopolista vender parte de sus derechos sobre redes eléctricas, a fin de que se crearan nuevos operadores de electricidad.

Para llevar a cabo la segunda de las medidas descritas en el párrafo anterior y continuar con el lento proceso de privatización y liberalización del sector de la producción de energía eléctrica, el Gobierno italiano, en su calidad de accionista de control y según lo previsto por las normas, decidió separar del antiguo monopolio público ENEL S.p.A., 21 instalaciones, con una capacidad total de 15 000 megavatios (equivalentes a casi una cuarta parte de la capacidad de producción de ENEL) para convertirlas en tres empresas distintas de nueva constitución: Eurogen S.p.A., Eletrogen, S.p.A. e Interpower S.p.A.

El 25 de enero de 2000, el Consejo de Ministros aprobó el decreto que contiene los procedimientos para la cesión de las tres empresas. Dicho decreto establece que la cesión a los particulares deberá realizarse mediante negociación privada, llevada a cabo por el propio ENEL S.p.A., bajo la supervisión del ministro del Tesoro y del ministro de Industria y con la asistencia del comité de asesoramiento y asistencia para las privatizaciones

Estas tres empresas fueron vendidas a partir del año 2000, asegurando la reducción de la capacidad productiva de ENEL y dando lugar a la aparición de competidores.

Eurogen S.p.A, fue comprada en mayo de 2002 por un grupo de inversores que confirieron tal capacidad productiva a Edipower S.p.A.

Elettrogen S.P.A, formó un consorcio en septiembre 2001 junto a Endesa S.A y ASM Brescia, como compañías más relevantes junto otras compañías minoritarias.

Interpower S.P.A. fue adquirida en noviembre 2002 por Acea S.p.A. , la empresa belga Electrabel Suez SA y otros inversores italianos que forman parte de la sociedad en calidad de socios minoritarios.

El año 1999 también fue el año de la privatización de ENEL, y hoy es cotizada en la bolsa contando con 1.4 millones de accionistas en la Bolsa. A día de hoy, una parte de la compañía sigue siendo pública ya que el 31,24% es propiedad del Ministerio de Economía y Finanzas.

Hoy en día ENEL opera en el sector de la energía eléctrica y del gas en 40 países.

En este sentido conviene destacar que en el año 2009 con la adquisición definitiva de la empresa eléctrica española ENDESA, ENEL heredó las plantas y los proyectos en numerosos países de América Latina.

Conviene destacar que a partir del “*Decreto Bersani*”, en 1999 fue fundado un organismo público llamado “*Gestore dei Servizi Energetici*” (GSE) (anteriormente denominada “*Gestore della Rete di Trasmissione Nazionale SpA*”(GRTN)) que tenía la competencia sobre la operatividad de la red.

El GSE es una sociedad anónima dependiente exclusivamente del Ministerio de Economía y Hacienda, que ejerce los derechos sobre la misma junto con el Ministerio de Desarrollo Económico.

La empresa operó inicialmente en la gestión y desarrollo de la red nacional de electricidad, hasta el 1 de noviembre de 2005.

El 31 de mayo 1999 de acuerdo con el “*Decreto Bersani*” se llevó a cabo una división corporativa de la red nacional de transmisión propiedad de ENEL y se fundó una nueva compañía que sólo se ocupa de ese tipo de infraestructura, denominada “*Trasmissione Elettricità Rete Nazionale S.p.A*” (TERNA) asumiendo la transmisión de energía eléctrica, así como la gestión y desarrollo de la red nacional de electricidad. Se reunificó la propiedad y la gestión.

La independencia total de ENEL y TERNNA ha eliminado la necesidad de una tercera parte en la gestión de la red y por ello los poderes del GRTN en la red han sido absorbidos por TERNNA, convirtiéndose ésta última en la concesionaria y gestora de la red. Después de esta transformación, el 1 de noviembre de 2005, la GRTN se convirtió en el anteriormente comentado *Gestore dei Servizi Energetici* o *Gestor de Servicios Energéticos* (GSE), centrándose en la actualidad en promover y fomentar la producción de electricidad a partir de energías renovables.

Por otro lado TERNA, junto con la gestión de transmisión de energía eléctrica, también se encarga de la función de expedición, que es la gestión en tiempo real de los flujos de energía en la red eléctrica a fin de asegurar la unidad de tiempo que se produzca la igualdad entre la entrada de energía en red y la energía consumida, y la condición indispensable para el correcto funcionamiento del sistema eléctrico.

Hoy en día TERNA es la propietaria de más del 90% de las redes de transmisión (el restante 10% está distribuido entre trece empresas municipales, todas de mediano tamaño). En la actualidad TERNA forma parte de la empresa estatal *“Cassa Depositi e Prestiti”*, propietaria también de acciones de ENEL, ya que parte de las acciones de ENEL de las que es titular el Ministerio de Economía y Finanzas las tiene de forma indirecta mediante dicha empresa estatal. Es interesante poner de manifiesto que ENEL, a su vez, posee acciones de TERNA.

En la actualidad existen otros órganos como el *“Gestore dei Mercati Energetici”* o Gerente de Mercados de Energía (GME), que es la empresa responsable en Italia de la organización y la gestión del mercado de la electricidad, así como de garantizar la gestión de una disponibilidad adecuada de reserva de energía. Fue fundada originalmente por el GRTN y es propiedad de éste, en la actualidad como hemos comentado GSE.

Por otro lado, el *“SpA Acquirente Único”* (comprador único) es la empresa del GSE garante del suministro de electricidad a los pequeños consumidores. Su función es la compra de electricidad en condiciones más favorables para el mercado y su venta a distribuidores o comercios al por menor, para el suministro a los pequeños consumidores que forman parte del llamado "mercado protegido", es decir, que no compren en el mercado abierto. Los precios de venta del "mercado protegido" se establecen por la Autoridad de Electricidad y Gas.

En marzo de 2012 se ha aprobado el Decreto de liberalización el cual abre el mercado energético. Éste propone la separación entre *“Ente Nazionali Idrocarburi”* (ENI) y Snam Rete gas, la indexación de las tarifas de gas a los precios spot europeos y cambios en la remuneración de las redes de TERNA, entre otras medidas.

En ese mismo mes Italia limitó sus “*golden shares*” en ENI y ENEL. Éstas le permitían ejercer considerables derechos de veto en ambas empresas, pudiendo bloquear cualquier adquisición de acciones de esas compañías que superasen el 5% del total del capital. En noviembre de 2011 Italia fue llevada ante el Tribunal de Justicia Europeo por este motivo.

d) Reino Unido.

El sector eléctrico en el Reino Unido, caracterizado por haber sido objeto de un intenso proceso liberalizador, presenta tres áreas territoriales claramente separadas en cuanto a su régimen de funcionamiento, que son las siguientes:

a) Inglaterra y Gales.- Como principal consecuencia del Electricity Act de 1989, en 1990 se asignaron los activos y pasivos de la entidad pública cuyo objeto era la generación de electricidad la “Central Electricity Generating Board”, posteriormente disuelta por Orden de 2001, a cuatro compañías distintas: Tres generadoras: National Power, la principal empresa generadora, PowerGen, y Nuclear Electric, propietaria de 12 centrales nucleares, y la National Grid Company, propietaria del sistema principal de transporte.. La National Grid Company controla desde entonces el sistema de transporte de alta tensión y coordina el funcionamiento de las plantas generadoras para cubrir el suministro y la demanda. Dichas compañías fueron objeto de un proceso privatizador a partir de 1990.

Así, las acciones de la National Grid Company que fueron asignadas en 1990 a las doce empresas regionales de generación (Regional Area Boards), entidades regionales a través de las que se materializaba la producción, transporte y distribución de electricidad en virtud de la Electricity Act de 1947 y la Electricity Act de 1957, Posteriormente en diciembre de 1995 las acciones de la National Grid Company fueron vendidas en bolsa. “National Grid” es la compañía propietaria de la red de transmisión de alta tensión en Inglaterra y Gales y operadora de la red de transporte de electricidad.

Además de la red de transporte de electricidad doméstica, el Reino Unido cuneta con distintos interconectores internacionales con Francia, Irlanda, Noruega y Países Bajos, operados por “National Grid” conjuntamente con compañías de los citados países.

Por otra parte se privatizaron separadamente las doce Regional Area Boards, transformándose en las compañías regionales operadoras de la red de distribución -las REC's-, que son responsables de cada una de sus redes locales de distribución. Operan como compañías separadas, cada una de ellas compitiendo con las otras, comprando la electricidad necesaria a los generadores a través de acuerdos para cubrir las demandas en el área de suministro.

Esta estructura se mantiene en líneas generales desde entonces. En 1995 sin embargo, se produjo la fusión de Nuclear Electric con la nuclear escocesa Scottish Nuclear dando lugar a la creación de British Energy y British Nuclear Fuels, con el objetivo de ser privatizadas. La privatización de British Energy, que concentró la propiedad de las instalaciones nucleares, fue inicialmente objeto de dilación por la especial naturaleza de esta fuente de generación.

Todo este proceso privatizador permitió evolucionar desde un esquema en monopolio en la actividad de generación de electricidad a un mercado caracterizado por un nivel de competencia elevado. Así se produjo la entrada en el capital de empresas generadoras y operadoras de redes regionales de distribución de grandes grupos internacionales que operan en el Sector Eléctrico. Así, por ejemplo, la empresa alemana RWE tomó el control de National Power (ahora denominada RWE Innogy), la alemana E.ON se hizo con el control de Power Gen y la francesa EDF con el de dos REC's de su interés estratégico por razón de la capacidad de interconexión existente con Francia.

A finales de 1995/ inicio de 1996 existían ya 15 nuevas empresas generadoras en Inglaterra y Gales con una potencia de 6.000 MW y con una producción que representaba casi el 10% del total. También había ascendido considerablemente el número de autoprodutores.

En el año 2008, 83 empresas habían recibido licencia para generar electricidad por parte del organismo regulador de la electricidad y el gas en el Reino Unido (OFGEM), que había sido establecido por la "Utilities Act 2000". El mayor productor de electricidad del Reino Unido era British Energy, con una cuota de producción de aproximadamente el 16%

de la electricidad del Reino Unido, operando, por otra parte, la mayor parte de las centrales nucleares del país.

Por su parte, en el citado año 2008, 66 licencias habían sido concedidas por OFGEM para la comercialización de electricidad, estando, no obstante, el mercado de comercialización de electricidad claramente dominado por seis empresas principales.

b) **Escocia.-** Como consecuencia de la nacionalización, la producción, transporte y distribución de electricidad se encomendaron a la North of Scotland Hydro-Electricity Board (NSHB) y South of Scotland Electricity Board (SSEB) (Electricity (Scotland) Act 1979). Posteriormente, se privatizaron las dos compañías de generación convencional, quedando las centrales nucleares como una compañía pública separada. Así quedaron dos compañías verticalmente integradas: Scottish Hydro-Electric, que opera en el Norte y Scottish Power, la principal compañía que opera en el Sur, que suministran también en el pool inglés a través de la interconexión única con la red de Inglaterra y Gales; y finalmente Scottish Nuclear, propietaria de las dos centrales nucleares escocesas, que se fusionó con Nuclear Electric en 1995 para formar British Energy. La capacidad de interconexión de Escocia e Inglaterra fue incrementada de 100 MW a 1800 MW y posteriormente a 2.200MW

c) **Irlanda del Norte.-** Northern Ireland Electricity, en virtud de la Electricity (Northern Ireland) Order 1992, es una compañía verticalmente integrada que actúa como titular de la red y operador del sistema de transporte y distribución y es responsable de las adquisiciones de electricidad a las cuatro centrales eléctricas privadas. Irlanda del Norte funciona así como un pequeño sistema eléctrico con monopolio de compra de electricidad al nivel mayorista pero con competencia en la fase de suministro de electricidad. Cualquier suministrador con licencia puede vender electricidad a un consumidor final.

Es destacable que analizando datos de generación eléctrica en 2006, en el Reino Unido se produjeron 382,4 TWh de energía eléctrica. El carbón (37,3%), el gas natural (36,2%) y la energía nuclear (20%) fueron las principales fuentes empleadas para la generación eléctrica, alcanzando la generación procedente a partir de fuentes renovables, un escaso 5% del total de generación.

Ante esta situación, el Ministerio de Energía y Cambio Climático del Reino Unido publicó en julio de 2009 un informe sobre el plan del Gobierno para alcanzar sus objetivos de reducción de emisiones de CO₂, que incluía una breve referencia a las primas por energías renovables. El fomento de la generación eléctrica a partir de fuentes renovables motivó disposiciones normativas de fomento de la misma como la “Renewables Obligation Order 2009” (England and Wales).

Finalmente es preciso abordar, siquiera brevemente, el estudio de la evolución del mercado mayorista en el Reino Unido.

Así, el mercado mayorista se organizó en la Electricity Act de 1989 sobre la base del “Pool”. Posteriormente las ineficiencias que se detectaron en su funcionamiento, que impedían una más participación activa de la demanda en el sistema de formación de precios, llevó al regulador británico a cambiar el diseño, en lo que se denominó como “New Electricity Trading Arrangements” (NETA) que se denominó posteriormente BETTA, “British Electricity Trading and Transmission Arrangements” al adherirse el sistema escocés. Básicamente se hacía desaparecer el “Pool” en cuanto que el mecanismo de compra-venta se organiza a través de contratos bilaterales entre generación y demanda. De forma paralela se creó un mercado diario (day-ahead market), en el que se negociaban de modo continuo bloques semi-horarios de dos y cuatro horas.

La implantación del NETA llevó a un período de aproximadamente dos años en el que el precio del mercado mayorista bajo, aunque ello coincidió con un período de sobrecapacidad. Posteriormente el precio retomó su tendencia alcista.

El nuevo diseño de mercado recibió críticas por la falta de transparencia del mercado bilateral y la escasa liquidez real que la práctica del mismo suponía, junto con una intensa concentración del mercado minorista y una fuerte integración vertical de las empresas que operan en el sector.

5. ESTRATEGIA EUROPEA DE LA ENERGÍA.

Así, el Libro Verde de 2005⁴⁰⁸ se articula sobre la base de unas reflexiones (algunas reiteradas y otras, no demasiadas, con nuevos elementos) y propuestas, a fin de definir una Estrategia Europea en el campo de la energía. Entre otros aspectos se destaca:

5.1. Plan prioritario de interconexión.

No puede haber un mercado único europeo realmente competitivo si no hay más capacidad física: esto es particularmente vital para países como Irlanda y Malta o los Estados bálticos, que siguen siendo una «isla energética», separados en gran medida del resto de la Comunidad. Del mismo modo, es necesaria una capacidad de interconexión eléctrica adicional entre muchas zonas y, en particular, entre Francia y España a fin de permitir el desarrollo de una auténtica competencia entre ambos países. También, se necesitan nuevas inversiones en infraestructuras para los mercados del gas. En numerosos Estados miembros, es necesario tomar medidas para liberar capacidades reservadas a operadores anteriores en virtud de contratos a largo plazo. La interconexión, cabe concluir a este respecto, no es sólo un elemento operativo, instrumental, técnico, indispensable, sino un mecanismo crucial para la solidaridad.

Hay que estimular las inversiones privadas y públicas en infraestructuras y acelerar los procedimientos de autorización. Cuanto mayor sea la interconexión de la red europea de electricidad, menor será la necesidad de un margen de capacidad y, con el tiempo, también serán menores los costes. Esto es importante en un momento en que el anterior exceso de capacidad de Europa está pasando a la historia, sin perjuicio de la estructura de fuentes excedentaria que arrojan determinados países de la Comunidad.

Por último, conviene destacar la importancia a este respecto de las relaciones con Suiza, uno de los principales países de tránsito de la electricidad.

⁴⁰⁸ Documento titulado: Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 22.6.2005 COM (2005) 265 final Libro Verde sobre la eficiencia energética o cómo hacer más con menos.

5.2. Inversión en capacidad de generación y competitividad de la industria energética.

Para sustituir la capacidad de generación de electricidad que se va haciendo obsoleta y satisfacer la demanda, la UE va a necesitar importantes inversiones a lo largo de los próximos 20 años, sin olvidar la capacidad de gestionar los picos. Debe contarse con la reserva necesaria para evitar cortes en momentos de gran demanda y complementar las fuentes de energía renovable intermitentes. Para conseguir a su debido tiempo unas inversiones sostenibles, hace falta un mercado que funcione adecuadamente, que emita las señales de precios adecuadas y que aporte los elementos necesarios, como incentivos, estabilidad de la reglamentación y acceso a la financiación.

Uno de los objetivos más importantes del mercado interior de la energía es fomentar la competitividad de la industria comunitaria y contribuir así al crecimiento económico y a la creación de empleos. La competitividad industrial exige un marco reglamentario bien diseñado, estable y previsible, además de respetuoso con los mecanismos del mercado. Por tanto, la política energética ha de favorecer las opciones rentables y basarse en profundo un análisis económico de las diferentes opciones posibles y de su efecto sobre los precios de la energía. Es fundamental la seguridad del abastecimiento de energía a precios abordables, así como la existencia de unos mercados del gas y de la electricidad integrados y competitivos, con un mínimo de perturbaciones.

5.3. Un mercado interior de la energía que garantice la seguridad de suministro: solidaridad entre Estados miembros.

a) Aumento de la seguridad de suministro en el mercado interior.

Se reconoce que los mercados liberalizados y competitivos contribuyen a la seguridad de suministro al emitir las señales de inversión adecuadas a las empresas del sector. Y por ello, se juzga preciso actuar en varios ámbitos, con medidas concretas:

- Establecimiento, lo antes posible, de un Observatorio europeo del suministro energético que vigile los patrones de oferta y demanda de los mercados energéticos de la UE, localice las posibles deficiencias de infraestructura y oferta

en una fase precoz y complemente a escala comunitaria la actividad de la Agencia Internacional de Energía.

- Aumento de la seguridad de las redes, intensificando la colaboración y el intercambio de información entre gestores de los sistemas de transporte para definir y aprobar normas comunes europeas de seguridad y fiabilidad.
 - En relación con la seguridad física de las infraestructuras, dos grandes intervenciones son merecedoras de consideración. En primer lugar, podría desarrollarse un mecanismo para organizar y ofrecer una rápida solidaridad y una posible asistencia a los países que se hallen en dificultades a raíz de los daños sufridos por sus infraestructuras esenciales. En segundo lugar, podrían adoptarse normas o medidas comunes de protección de la infraestructura.
- b) *Redefinición de la posición de la UE acerca de las reservas estratégicas de petróleo y gas y prevención de las interrupciones del suministro.*

El mercado del petróleo es un mercado mundial y, aunque se produzcan a escala local o regional, las grandes interrupciones del suministro requieren una respuesta global. La movilización de las reservas estratégicas organizada por la Agencia Internacional de la Energía (AIE) como respuesta al huracán Katrina funcionó bien. Toda intervención comunitaria de mayor calado en este ámbito debería por consiguiente ser compatible con ese mecanismo global. Parece por lo tanto imponerse una respuesta comunitaria más coordinada en caso de que la AIE decida movilizar reservas. Resultaría especialmente útil con tal fin elaborar una nueva propuesta legislativa de la Comisión que contemple la publicación, de forma más regular y transparente, del estado de las reservas de petróleo de la Comunidad, para contribuir a aumentar la transparencia de los mercados de petróleo.

5.4. Seguridad.

Cada Estado miembro y cada compañía energética eligen su propia combinación energética, no obstante, las opciones escogidas por un Estado miembro tienen inevitables repercusiones tanto en la seguridad energética de sus vecinos y del conjunto de la Comunidad como en la competitividad o en el medio ambiente. Así, por ejemplo: a) La

decisión de depender principal o totalmente del gas natural para la generación de electricidad en cualquier Estado miembro tiene efectos considerables en cuanto a la seguridad de abastecimiento de los países vecinos en caso de escasez de gas; o b) Las decisiones en materia de energía nuclear adoptadas por los Estados miembros también pueden tener importantes consecuencias para otros Estados miembros en lo que respecta a la dependencia de la UE respecto de los combustibles fósiles importados y las emisiones de CO₂.

Un objetivo posible sería intentar que un nivel mínimo de la combinación energética global de la UE se obtuviese mediante fuentes de energía seguras y con bajas emisiones de carbono. Ese patrón de referencia podría poner de manifiesto los posibles riesgos de dependencia respecto de las importaciones, encontrar una visión global que inspire el desarrollo a largo plazo de las fuentes de energía con bajas emisiones de carbono y permitir que se determinasen las medidas internas necesarias para la consecución de tales metas. Ese sistema compaginaría la libertad de los Estados miembros para escoger entre diferentes fuentes de energía y la necesidad de que la UE, en su conjunto, utilice una combinación energética que cumpla de forma global sus objetivos energéticos esenciales.

5.5. Enfoque integrado de lucha contra el cambio climático.

Urge adoptar medidas eficaces de lucha contra el cambio climático: la UE debe seguir dando ejemplo y, ante todo, esforzarse por lograr la mayor ampliación posible de la intervención internacional. Europa debe fijarse metas ambiciosas y adoptar un medio de actuación integrado que fomente la consecución de los objetivos de Lisboa.

La UE se sitúa ya en la vanguardia de las posiciones destinadas a disociar crecimiento económico y consumo de energía. Su actividad se basa en la combinación de sólidas iniciativas legislativas y programas de eficiencia energética con una política de fomento de la competencia y las energías renovables eficaces. No obstante, el compromiso de la UE con la lucha contra el cambio climático es una causa a largo plazo.

Con el fin de limitar el aumento previsto de las temperaturas mundiales al objetivo acordado máximo de dos grados por encima de los niveles preindustriales, las emisiones

globales de gases de invernadero deberían alcanzar su punto culminante a más tardar en 2025, y, a continuación, reducirse al menos en un 15 % pero quizá hasta en un 50 % respecto de los niveles de 1990. La envergadura de este reto exige que Europa actúe de inmediato, especialmente en los ámbitos de la eficiencia energética y de las fuentes de energía renovable.

El Régimen de comercio de emisiones de la UE aporta un marco flexible y rentable para favorecer una producción de energía más respetuosa con el clima.

Entre las medidas posibles pueden citarse las siguientes:

- Campañas específicas de larga duración a favor de la eficiencia energética, incluida la eficiencia energética de los edificios y, particularmente, de los edificios públicos.
- Importante esfuerzo de aumento de la eficiencia energética del sector de los transportes con el objetivo especial de lograr una rápida mejora de la situación de los transportes públicos en las grandes ciudades europeas.
- Utilización de instrumentos financieros para catalizar las inversiones de los bancos comerciales en proyectos de eficiencia energética y en empresas de servicios energéticos.
- Mecanismos de fomento de las inversiones en proyectos de eficiencia energética y empresas de servicios energéticos.
- Creación de un sistema paneuropeo de «certificados blancos» comercializables que permitan a las empresas que hayan superado las normas mínimas en materia de eficiencia energética «vender» su éxito a otras que no hayan conseguido cumplirlas.

a) Aumentar el uso de fuentes de energía renovable.

Desde 1990, la UE está embarcada en un ambicioso y fructífero plan para ocupar el puesto de cabeza mundial respecto a la energía renovable. Se puede citar como ejemplo que la UE ya ha instalado una capacidad de energía eólica equivalente a 50 centrales eléctricas de carbón, con unos costes que se han reducido a la mitad en los últimos 15 años. El mercado de energía renovable de la UE tiene un volumen de negocios anual de 15 000 millones de euros (la mitad del mercado mundial), da trabajo a unas 300 000 personas y es un exportador de primer orden.

b) Captura de carbono y su almacenamiento geológico.

La captura de carbono y su almacenamiento geológico, junto con las tecnologías limpias de combustibles fósiles, constituyen un tercer tipo de tecnología de emisiones casi nulas, que ya en la actualidad se puede utilizar económicamente para la recuperación mejorada de petróleo o gas. Puede ser particularmente importante en países que decidan continuar con el uso de carbón como fuente de energía asegurada y abundante.

Sin embargo, esta tecnología necesita un estímulo para crear los incentivos económicos necesarios, aportar seguridad jurídica al sector privado y garantizar la integridad del medio ambiente.

Europa debe velar por que sus industrias estén a la cabeza mundial en estas nuevas generaciones de tecnologías y procedimientos.

El Séptimo Programa Marco⁴⁰⁹ reconoce que no hay una sola solución para nuestros problemas energéticos, sino que abarca un amplio abanico de tecnologías: energías

⁴⁰⁹ Desde su lanzamiento en 1984, los programas marco han desempeñado un papel de liderazgo en las actividades de investigación multidisciplinar colectivas en la Unión Europea y fuera de sus fronteras. El *Séptimo Programa Marco* de Investigación y Desarrollo Tecnológico surge de dos actos que son la Decisión 2006/1982/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013) y la Decisión 2006/969/CE del Consejo de 18 de diciembre de 2006 relativa al séptimo programa marco de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom) de acciones de investigación y formación en materia nuclear (2007 a 2011).

renovables, convertir en una realidad industrial el carbón limpio y la captura y secuestro de carbono, desarrollar unos biocarburantes económicamente viables para el transporte, nuevos vectores de energía como el hidrógeno y una utilización de la energía respetuosa del medio ambiente (por ejemplo, pilas de combustible) y eficiencia energética, así como la fisión nuclear avanzada y el desarrollo de la fusión mediante la aplicación del Acuerdo ITER.

La UE necesita un plan estratégico de tecnología energética con los recursos adecuados. Este plan deberá acelerar el desarrollo de tecnologías energéticas prometedoras, pero también contribuir a crear las condiciones para que tales tecnologías accedan efectiva y eficazmente a los mercados comunitario y mundial. También deberá atenderse la investigación en ámbitos con elevado uso de energía, como la vivienda, el transporte, la agricultura, las industrias agrarias y los materiales.

5.6. Política de infraestructuras energéticas: las redes transeuropeas.

El Tratado de la UE añadió a la política de transportes una política de fomento de la creación y del desarrollo de redes transeuropeas (antiguo artículo 3.º del TUE), que se refiere no sólo a los transportes tradicionales de personas o mercancías por vía terrestre, fluvial, marítima o aérea, sino realmente al transporte de la energía y al transporte de las redes de información. Al transporte de la energía, es decir al que se realiza por los gaseoductos o por las redes eléctricas de alta tensión, y al transporte de las redes o sistemas de telecomunicaciones y aquellos que proporcionan la capacidad técnica para habilitar la transmisión de información y servicios audiovisuales.

Es en el antiguo Título XV del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, titulado “REDES TRANSEUROPEAS”, donde podemos encontrar las directrices básicas de las infraestructuras de la energía, a lo largo de los arts. 154, 155 y 156 que componen dicho Título y cuya transcripción comentamos a continuación:

“Artículo 154

1. A fin de contribuir a la realización de los objetivos contemplados en los artículos 14 y 158 y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras de transportes, de las telecomunicaciones y de la energía.”

En este apartado primero del art. 154 se refiere a sendos objetivos en los arts. 14 y 158 del TCCE. En este sentido, debemos precisar que los objetivos que se persiguen con el establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de la energía son fundamentalmente dos:

- a) Establecer el mercado interior, esto es, un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada.
- b) Promover un desarrollo armonioso de la Comunidad, reforzando su cohesión económica y social. En particular, reduciendo las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas, incluidas las zonas rurales.

“2. En el contexto de un sistema de mercados abiertos y competitivos, la acción de la Comunidad tendrá por objetivo favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales, así como el acceso a dichas redes. Tendrá en cuenta, en particular, la necesidad de establecer enlaces entre las regiones insulares, sin litoral y periféricas y las regiones centrales de la Comunidad.”

Este apartado segundo hace especial hincapié en la prioridad que deben tener los enlaces entre las regiones centrales de la Comunidad y los lugares situados en zonas especialmente conflictivas para desarrollar infraestructuras energéticas, como son las regiones insulares, sin litoral y periféricas.

“Artículo 155

1. A fin de alcanzar los objetivos mencionados en el artículo 154, la Comunidad:

— elaborará un conjunto de orientaciones relativas a los objetivos, prioridades y grandes líneas de las acciones previstas en el ámbito de las redes transeuropeas; estas orientaciones identificarán proyectos de interés común,

— realizará las acciones que puedan resultar necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes, especialmente en el ámbito de la armonización de las normas técnicas,

— podrá apoyar proyectos de interés común apoyados por Estados miembros y determinados de acuerdo con las orientaciones mencionadas en el primer guión, especialmente mediante estudios de viabilidad, de garantías de crédito o de bonificaciones de interés; la Comunidad podrá aportar también una contribución financiera por medio del Fondo de Cohesión creado conforme a lo dispuesto en el artículo 161 a proyectos específicos en los Estados miembros en el ámbito de las infraestructuras del transporte.

La acción de la Comunidad tendrá en cuenta la viabilidad económica potencial de los proyectos.

2. Los Estados miembros coordinarán entre sí, en colaboración con la Comisión, las políticas que apliquen a escala nacional y que puedan tener una influencia significativa en la realización de los objetivos previstos en el artículo 154. La Comisión, en estrecha colaboración con los Estados miembros, podrá tomar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.

3. La Comunidad podrá decidir cooperar con terceros países para el fomento de proyectos de interés común y para garantizar la interoperabilidad de las redes.”

En este sentido, este precepto ha sido desarrollado a través de las diversas disposiciones comunitarias:⁴¹⁰

La Comisión Europea ha destacado en distintos documentos la relevancia de la construcción de las redes transeuropeas como un mecanismo físico imprescindible para la integración de los mercados europeos, subrayando que su puesta en marcha confiere una nueva dimensión al mercado único europeo ya que proporciona la capacidad técnica necesaria para asegurar la cohesión económica y técnica que acorte distancias entre las regiones centrales y periféricas de la UE y contribuye a descentralizar la economía especialmente, en favor de las pequeñas y medianas empresas⁴¹¹.

En el Tratado de la UE se incorporó pues como un nuevo título, el Título XII de la tercera parte a las redes transeuropeas abarcando los artículos 129.b y 129.d. El artículo 129.b.1 señala que la Comunidad contribuirá al establecimiento y al desarrollo de redes transeuropeas en los sectores de las infraestructuras del transporte, de las telecomunicaciones, y de la energía. Y en el artículo 129.d se dispone que a fin de contribuir

410

- a) Decisión 1254/96/CE, de 5 de junio de 1996, por la que se establece un conjunto de orientaciones sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía: Según su art. 1 esta Decisión “define la naturaleza y el alcance de la acción de orientación comunitaria sobre redes transeuropeas de energía. Establece un conjunto de orientaciones referentes a los objetivos, las prioridades y las grandes líneas de las acciones de la Comunidad sobre redes transeuropeas en el sector de la energía. Dichas orientaciones identifican los proyectos de interés común en las redes transeuropeas de electricidad y gas natural.”
- b) Decisión 1364/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de septiembre de 2006 por la que se establecen orientaciones sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía y por la que se derogan la Decisión 96/391/CE y la Decisión 1229/2003/CE. La Decisión adoptada se aprobó para aproximarse al objetivo, acordado en el Consejo Europeo de Barcelona⁴¹⁰, de alcanzar un nivel mínimo de interconexión eléctrica entre Estados miembros equivalente a un 10% de la capacidad de generación instalada en cada Estado miembro y, así, mejorar la fiabilidad y seguridad de las redes, garantizar la seguridad del suministro y el funcionamiento del mercado interior.
- c) Reglamento 2007/680/CE, de 20 de junio, que determina las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas de transporte y energía.

411 Entre los documentos precedentes a la formulación de una política propia de redes transeuropeas en el ámbito de la Unión cabe destacar, la Resolución del Parlamento Europeo del año 1982 en virtud de la que se dispuso en el presupuesto de la Comunidad Europea la ayuda financiera expresa a las infraestructuras del transporte. Los Consejos Europeos de 1990 y 1991 tomaron iniciativas también en esta dirección. La Comisión por su parte presentó el 23 de enero de 1991 una Comunicación titulada “Hacia unas redes transeuropeas. Programa de acción Comunitario”, en la que subrayaba que los esquemas físicos necesarios para la creación de un espacio de actividad homogéneo debían concretarse en cuatro ámbitos entre los que aparecía recogida de manera expresa la energía.

a realización de los objetivos contemplados en los artículos 7.a y 130.a y de permitir que los ciudadanos de la Unión, los operadores económicos y los entes regionales y locales participen plenamente de los beneficios resultantes de la creación de un espacio sin fronteras interiores, la comunicación contribuirá al establecimiento “de una política de redes transeuropeas”. La acción de la Comunidad por tanto se focaliza en el objetivo de favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales así como el acceso a dichas redes en los sectores antes apuntados, es decir de manera muy especial los sectores de telecomunicaciones, suministro de energía y transporte.

Así pues, en el ámbito energético se han ido adoptando distintas propuestas y decisiones desde las instituciones comunitarias en desarrollo y ejecución de dicha política de redes transeuropeas, fundamentalmente mediante el procedimiento de definir proyectos de interés comunitario, que vinculen a varios Estados miembros y disponer la financiación correspondiente, o la cofinanciación para su desarrollo en el ámbito de la Unión⁴¹².

El Consejo Europeo de Bruselas del año 2003 aprobó la acción europea para el crecimiento en el que se formula la necesidad de efectuar inversiones de capital en las infraestructuras de redes transeuropeas, mediante la definición de proyectos prioritarios en el ámbito de las telecomunicaciones y de la energía⁴¹³.

Casi un lustro más tarde, las instituciones europeas amplían el marco regulador en esta materia, a través del Reglamento del año 2007 tiene por objeto definir las condiciones, modalidades y procedimientos para la concesión de ayudas financieras comunitarias a favor

⁴¹² En el año 2007 se dictó el Reglamento nº 680/2007 El Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2007 por el que se determinan las normas generales para la concesión de ayudas financieras comunitarias en el ámbito de las redes transeuropeas de transporte y energía. Dicho Reglamento recoge como antecedentes el Consejo Europeo de Barcelona de marzo del 2002 que en sus conclusiones expresaba la necesidad de unas redes de energía y de transportes potentes e integradas como una auténtica columna vertebral del mercado interior europeo, poniendo de relieve también que un mejor uso de las redes existentes y el establecimiento de las conexiones necesarias permitirían aumentar la eficiencia y la competitividad en Europa, afirmaciones del Consejo de Barcelona del 2002 que se enmarcan, también, en la estrategia adoptada por el Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000.

⁴¹³ Desde la perspectiva del derecho derivado subrayamos que la Decisión 1692/1996/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de julio de 1996 sobre orientaciones comunitarias para el desarrollo europeo del transporte; la Resolución de 8 de junio de 2005 sobre los retos políticos y medios presupuestarios de manera ampliada 2007-2013 y la Decisión 1364/2006/CE del Parlamento Europeo del Consejo de 6 de septiembre de 2006 por el que se establecen orientaciones sobre las redes transeuropeas en el sector de la energía.

de proyectos de interés común en el ámbito de las redes transeuropeas de transporte y energía.

De conformidad con el presente Reglamento se definen los Proyectos de interés europeo para la energía, como *“un Proyecto maduro que está situando los ejes prioritarios a que se refiere la Decisión 1364/2006/CE y que tiene carácter transfronterizo o un impacto significativo en la capacidad de transmisión transfronteriza”*⁴¹⁴.

Por consiguiente, al decidir la concesión de ayuda financiera comunitaria se deben tener en cuenta entre otros aspectos: la madurez del Proyecto; el efecto estimulador que la intervención comunitaria ejercerá en la financiación pública y privada; la solidez de plan financiero; las consecuencias medioambientales. A los Estados les corresponde efectuar el seguimiento técnico y un control financiero de los proyectos en colaboración con la Comisión, y el certificar la existencia y la conformidad de los gastos incurridos con respecto a proyectos o a parte de los proyectos a que se refieran⁴¹⁵.

La Directiva 2003/54/CE se ocupó también, aunque brevemente, de este tema, como puede deducirse de algunos de sus Considerandos⁴¹⁶, si bien no prestó demasiada atención

⁴¹⁴ En cuanto a los Proyectos de interés común se establece un mecanismo de selección de los mismos al efecto de que puedan beneficiarse de las ayudas financieras comunitarias en función de su contribución a las prioridades u objetivos definidos por las instituciones europeas. En el ámbito de la energía el Reglamento de 2007 señala que se prestará una atención especial a los Proyectos de interés europeo que contribuyan a las siguientes acciones:

- a) Al desarrollo de la red para reforzar la cohesión económica y social, reduciendo el aislamiento de las regiones menos favorecidas e insulares de la Comunidad;
- b) A la optimización de la capacidad de la red y la realización del mercado interior de la energía, en particular los tramos transfronterizos;
- c) La seguridad y el abastecimiento energético, la diversificación de las fuentes de abastecimiento energético y, en particular, las interconexiones con terceros países;
- d) La conexión de las fuentes de energía renovables y;
- e) La seguridad, la fiabilidad y la interoperabilidad de las redes interconectadas.

⁴¹⁵ La dotación financiera para la ejecución del Reglamento de 2007 y para el periodo de 2007-2013 asciende a 8.168 millones de euros.

⁴¹⁶ (10) Aunque la presente Directiva no se ocupa de cuestiones de propiedad, cabe recordar que, cuando una empresa lleve a cabo el transporte o la distribución y esté separada, en su forma jurídica, de las empresas que realizan actividades de generación o de suministro, el gestor de la red designado podrá ser la misma empresa propietaria de la infraestructura.

al sector de infraestructuras energéticas. Sin embargo, es en la Directiva 2003/55/CE de 26 de junio de 2003 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural, es decir, en las infraestructuras gasistas, donde el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea han desarrollado más específicamente las directrices establecidas en el TCCE⁴¹⁷.

(23) Para garantizar la seguridad del suministro, es necesario supervisar el equilibrio entre la oferta y la demanda en los distintos Estados miembros y, posteriormente, elaborar un informe sobre la situación a escala comunitaria, tomando en consideración la capacidad de interconexión entre las diversas zonas. Esta supervisión debe llevarse a cabo con antelación suficiente para poder adoptar las medidas oportunas si pelagra dicha seguridad. La creación y el mantenimiento de la infraestructura de red necesaria, incluida la capacidad de interconexión, han de contribuir a asegurar un suministro estable de electricidad. El mantenimiento y la construcción de la infraestructura de red necesaria, incluida la capacidad de interconexión, y la generación descentralizada de energía eléctrica constituyen elementos importantes para garantizar un suministro estable de electricidad.

⁴¹⁷ El art. 22 de la citada Directiva 2003/55/CE, encuadrado en el Capítulo VI “*ORGANIZACIÓN DEL ACCESO A LAS REDES*”, está dedicado exclusivamente a Infraestructuras nuevas. En la definición trigésimo tercera del art. 2 de dicha Directiva se dice que las Infraestructuras nuevas serán “las infraestructuras que no se hayan completado en la fecha de entrada en vigor de la presente Directiva.”

Así pues, y sabiendo a qué se refiere el art. 22 cuando habla de Infraestructuras nuevas, el apartado primero de este artículo otorga la posibilidad a “las grandes infraestructuras de gas nuevas”, esto es, los interconectores entre Estados miembros, las instalaciones de GNL y de almacenamiento, de que, previa solicitud, puedan quedar exentos del acceso a terceros (art. 18), acceso al almacenamiento (art.19), acceso a las redes previas de gasoductos (art. 20) y la metodología y trámites administrativos que se establezcan de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de la referida Directiva 2003/55/2003. Debe añadirse que para que se concedan esas exenciones se deben reunir las siguientes condiciones:

- a) Que la inversión favorezca la competencia en el suministro de gas y mejore la seguridad del suministro.
- b) Que el nivel de riesgo inherente a la inversión sea tal que ésta no se lleve a cabo de no concederse la exención.
- c) Que la infraestructura sea propiedad de una persona física o jurídica distinta, al menos en su personalidad jurídica, de los gestores de redes en cuyas redes vaya a construirse la infraestructura.
- d) Que se cobren cánones a sus usuarios.
- e) Que la exención no vaya en detrimento de la competencia ni del funcionamiento eficaz del mercado interior del gas, ni del funcionamiento eficaz de la red regulada a la que esté conectada la infraestructura.

Además, el apartado segundo de este art. 22 amplía la posibilidad de exención del apartado primero “a los aumentos significativos de capacidad de infraestructuras existentes y a las modificaciones de dichas infraestructuras que permitan el desarrollo de nuevas fuentes de suministro de gas”, es decir, cuando se redunde positivamente en la capacidad de suministro de gas.

5.7. Una nueva política energética para Europa, la Comunicación de 2007.

La Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, de 10 de enero de 2007, “Una política energética para Europa”, COM(2007) 1 final, donde renueva los que serán objetivos comunitarios para la nueva política.

a) Un mercado competitivo.

Conviene establecer una separación más clara entre la gestión de las redes de gas y de electricidad y las actividades de producción o de distribución.

La separación entre la gestión de las redes y las actividades de producción o de distribución incitará a las empresas a invertir más en las redes, lo que favorecerá la llegada al mercado de nuevos participantes y reforzará la seguridad del suministro.

La separación puede obtenerse mediante la designación de un gestor de red independiente encargado del mantenimiento, desarrollo y explotación de las redes, que seguirán siendo propiedad de las empresas integradas verticalmente, o mediante una separación total de propiedad.

b) Un mercado integrado e interconectado.

El mercado interior de la energía depende fundamentalmente de la realidad del comercio transfronterizo de energía, que suele resultar difícil por la disparidad de normas técnicas nacionales y un entramado desigual de las redes. Es preciso adoptar una reglamentación eficaz a escala comunitaria. Se trata, en particular, de armonizar los poderes y la independencia de los reguladores de la energía, de reforzar su cooperación, de obligarles a considerar el objetivo comunitario de realización del mercado interior de la energía y de definir a escala comunitaria los aspectos reglamentarios y técnicos, así como las normas comunes de seguridad necesarios para el comercio transfronterizo.

c) Un servicio público de la energía.

La UE desea perseverar en su lucha contra la indigencia energética elaborando una Carta del Consumidor de Energía, que fomentará la instauración de programas de ayuda para los ciudadanos más vulnerables en caso de aumento de los precios de la energía y mejorará el nivel de información de que disponen los consumidores sobre los distintos proveedores y las opciones de suministro.

d) Garantizar la seguridad del suministro energético.

Resulta prioritario limitar la vulnerabilidad de la UE respecto de sus importaciones, interrupciones de suministro, posibles crisis energéticas o la incertidumbre que pesa sobre el suministro futuro. Dicha incertidumbre es más problemática, si cabe, para los Estados miembros que dependen de un solo proveedor de gas. Se debe insistir en la importancia de mecanismos que garanticen la solidaridad entre los Estados miembros y en la diversificación de las fuentes de suministro y de las vías de transporte.

Deben reforzarse los mecanismos para las reservas estratégicas de petróleo y explorarse las posibilidades de mejora de la seguridad del suministro de gas, así como garantizarse una mayor seguridad del suministro eléctrico, que sigue siendo esencial.

e) Reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

La energía origina un 80 % de las emisiones de gases de efecto invernadero de la UE.

Determinada a luchar contra el cambio climático, la UE se ha comprometido a reducir sus emisiones internas en al menos un 20 % de aquí al año 2020. Por otra parte, solicita la celebración de un acuerdo internacional en el que los países desarrollados se comprometan a reducir en un 30 % sus emisiones de gases de efecto invernadero de aquí al citado año 2020. En ese acuerdo, la UE se fijaría como nuevo objetivo reducir sus propias emisiones en un 30 % con respecto a 1990. Estos objetivos constituyen la piedra *angular* de la estrategia comunitaria para limitar el cambio climático.

f) Fomento de energías renovables.

La utilización de energías renovables contribuye indiscutiblemente a limitar el cambio climático. Por otra parte, favorece también la seguridad del suministro energético, así como el crecimiento y la creación de empleo en Europa, merced al aumento de la producción y del consumo de energía local.

Las fuentes de energía renovables siguen siendo marginales en la combinación energética europea, ya que su coste continúa siendo superior al de las fuentes de energía tradicionales. Para alcanzar ese objetivo serán precisos avances en los tres sectores a los que más afectan las fuentes de energía renovables: la electricidad (aumentar la producción de electricidad a partir de energías renovables y autorizar la producción de electricidad sostenible a partir de combustibles fósiles, gracias, en particular, al establecimiento de sistemas de captura y almacenamiento de CO₂); los biocarburantes, que deberán representar, de aquí al año 2020, un 10 % de los combustibles destinados a los vehículos; y, por último, los sistemas de calefacción y de refrigeración.

g) Desarrollar las tecnologías energéticas.

Las tecnologías energéticas desempeñarán un papel fundamental para conciliar la competitividad y la sostenibilidad de la energía, reforzando a su vez la seguridad del suministro. También son esenciales para cumplir los demás objetivos en materia de energía.

Líder mundial, hoy en día, en el sector de las energías renovables, la UE se propone consolidar esa posición e imponerse asimismo en el mercado en plena expansión de las tecnologías energéticas de bajas emisiones de carbono.

Así pues, la UE debe desarrollar las tecnologías de alta eficiencia energética existentes así como nuevas tecnologías, especialmente las destinadas a la eficiencia energética y a las energías renovables. Las inversiones en estas nuevas tecnologías contribuirán de forma directa a la estrategia comunitaria para el crecimiento y el empleo.

h) Considerar el futuro de la energía nuclear.

Frente a las preocupaciones crecientes en materia de seguridad del suministro energético y de emisiones de CO₂, la energía nuclear presenta la ventaja de ser una de las fuentes de energía de baja emisión de carbono cuyos costes y suministro son más estables.

i) Aplicar una política energética internacional común.

La UE no puede alcanzar por sí sola el objetivo de una energía segura, competitiva y sostenible. Para ello debe garantizar la participación y la cooperación de los países desarrollados y en desarrollo, los consumidores y los productores de energía, así como los países de tránsito. En aras de una mayor eficacia y coherencia, resulta esencial que los Estados miembros y la UE se expresen con una sola voz sobre las cuestiones energéticas internacionales.

La UE debe asumir el liderazgo en la elaboración de los acuerdos internacionales sobre energía, especialmente mediante el refuerzo del Tratado sobre la Carta de la Energía, tomando la iniciativa de un acuerdo sobre la eficiencia energética y participando de forma activa en el régimen posterior a Kioto respecto del cambio climático.

Por otra parte, la UE se compromete a ayudar a los países en desarrollo a crear servicios energéticos descentralizados, poco costosos, fiables y sostenibles. La UE anima a estos países, y en particular a África, a invertir de inmediato en las energías renovables y en la nueva generación de tecnologías energéticas limpias.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y LA CONSIDERACIÓN DE LOS SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN DEL MERCADO ELÉCTRICO EUROPEO Y SU EXPRESIÓN EN EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL

1. NOTAS INTRODUCTORIAS.

El derecho de la competencia es uno de los elementos integrantes del Derecho comunitario, desde la misma fundación de la Comunidad en los Tratados originarios de París y Roma. Y lo es en plena coherencia con los objetivos constitutivos de la Comunidad que persiguen la creación de un orden económico en el que concurren en libertad los factores de la producción, capital y trabajo. El mecanismo que permite asegurar que esa concurrencia de factores se produce sin discriminaciones, ni abusos, con arreglo a las leyes del mercado, sin restricciones y con transparencia, es precisamente el que proporciona el derecho de la competencia. La defensa a favor de criterios que garanticen entornos, estructuras, prácticas y comportamientos competitivos, o la lucha y oposición jurídica contra aquellos que se aparten de tal espíritu, reglas, modos de actuación y comportamiento.

Por ello, un apartado clave del proceso de liberalización eléctrica es precisamente el adecuado equilibrio entre la promoción y el respeto del derecho de la competencia y la necesidad de salvaguardar el interés general que esta regulación conlleva a través tanto del citado respeto a la competencia, como mediante la adecuada ordenación de las obligaciones de servicio público del suministro eléctrico que deben ser cuidadosamente establecidas, vigiladas y aseguradas.

Por todo ello debemos acercarnos a aquellos conceptos y términos del derecho de la competencia comunitario que constituyen herramientas de interpretación esencial de este derecho, aproximándonos a ellos desde la perspectiva de su aplicación al sector eléctrico, a fin de ponderar en qué medida inciden en su regulación los principios de no discriminación —entre operadores y/o consumidores—, y de transparencia; en qué modo se configura el mercado, cuándo se dan supuestos de concentración empresarial o de abuso de posición

dominante, o falta de rivalidad⁴¹⁸ y qué efectos producen en cada caso; cuáles son las características principales a través de las cuales se va manifestando el comportamiento de la demanda o en qué condiciones se enmarcan la producción, distribución y comercialización del producto y suministro eléctrico, a los efectos antes enunciados.

Como ha señalado Eduardo Salinas, como política horizontal que incide en las políticas sectoriales de energía, la defensa de la competencia constituye un aspecto de indiscutible relevancia en el proceso de liberalización de los mercados energéticos, cuya importancia se acrecienta en la misma medida en que, a través de la adopción de medidas legislativas y reglamentarias específicas de esos sectores, se introducen elementos competitivos en el desarrollo de las diferentes actividades energéticas y, paralelamente, las autoridades reguladoras disminuyen su intervención administrativa en esas actividades.

Dado, como apunta L.M. Pérez Antunez, que en una economía de mercado, las reglas de la competencia se dirigen esencialmente a garantizar la protección de la libertad de acción de los operadores económicos: libertad de comercio e industria, libertad en la determinación de la oferta, libertad contractual y libertad para los consumidores de elegir libremente entre productos y servicios, según sus cualidades y precios. Para alcanzar este objetivo, dos concepciones principales se confrontan: de una parte la concepción clásica, que considera la competencia como un medio indispensable para asegurar el desarrollo económico (competencia-condición); de otra se admite que la competencia pudiera ser parcialmente sacrificada, dentro de ciertas circunstancias excepcionales, en nombre del progreso económico y social (competencia-medio)⁴¹⁹. Pues bien, en nuestra opinión, ambos supuestos convergen en la regulación del sector eléctrico, no a través de una

⁴¹⁸ Miguel Angel Fernández-Ordóñez ha destacado certeramente ese aspecto de la rivalidad, es decir, de la facultad de elección como presupuesto legitimador de la competencia en un mercado: *“Hay competencia allí donde los empresarios o los profesionales que venden sus servicios están en tensión, están preocupados porque sus clientes les pueden abandonar porque no quieran seguir con ellos o porque los competidores se los quiten. Hay competencia cuando hay rivalidad entre los productores, y esta rivalidad es posible si el consumidor tiene la posibilidad real de elegir”*. Y añade *“Es evidente que hay competencia allí donde hay varios rivales, pero algunas veces no es necesario ni siquiera que los competidores existan. Para que el empresario esté en tensión ante sus clientes basta con que los competidores puedan establecerse rápidamente, con que puedan aparecer en cualquier momento”*. M.A. Fernández-Ordóñez: *La Competencia*, Alianza Editorial. 2000.

⁴¹⁹ L.M. Pérez Antunez, Comentario realizado en el Dictionnaire juridique des Communautés européennes, dirigido por Ami Barar y Christian Philip. Presses Universitaires de France. 1993.

“confrontación”, sino de un examen casuístico, tarea principal del regulador, en función de la ordenación del mercado y la doble exigencia de promover la competencia y salvaguardar las obligaciones de servicio público.

Según la concepción clásica, la competencia constituye la condición indispensable de toda economía equilibrada y únicamente se juzgaría apta para realizar una asignación óptima de los recursos. La competencia sería así una finalidad en sí misma y, por tanto, su protección contra toda práctica susceptible de reducción constituiría un objetivo principal. Esta concepción de la competencia encuentra, en lo esencial, su realización práctica en la legislación *antitrust* americana⁴²⁰. Tanto la Sherman Act de 1890, como la Clayton Act de 1914- y su célebre sección séptima relativa a control de concentraciones-⁴²¹, no admiten excepción alguna a las reglas generales establecidas. Junto a ellas cabe citar la Robinson-Patman Act como la norma reguladora de la discriminación de precios⁴²².

⁴²⁰ Amadeo Petibó sitúa en el desarrollo del análisis económico a lo largo del siglo XIX el origen del derecho de la competencia: “La primera referencia –señala- es el *Interstate Commerce Act* de 1887, pero su inicio efectivo, un año después de la aprobación de una ley antitrust en Canadá, se ha sustentado sobre cinco pilares sólidos. En primer lugar, la *Sherman Antitrust Act* de 1890 [...] En segundo lugar la *Clayton Act* de 1914, que declaró ilegales las conductas comerciales desleales. En tercer lugar, la *Federal Trade Commission*, también del año 1914, cuyo objetivo era investigar las conductas desleales y dictar órdenes de supervisión de actividades ilegales. En cuarto lugar, la *Robinson-Putman Act*, del año 1936 dirigida a reforzar la legislación que declaraba ilegales la discriminación de precios, ampliando la posibilidad de sanción a las empresas infractoras. Y por último la *Celler-Kefauver Act* de 1950 que impuso restricciones adicionales a las operaciones de concentración empresarial que restringen la competencia”. A. Petibó: *Actualidad de la defensa de la competencia en España en los tiempos de Internet*, en la obra colectiva dirigida por J.Mª Beneyto “*El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia*”. E. Bosch. 2002.

⁴²¹ Posteriormente completada con la *Celler-Kefauver Antimerger Act*, que extendió el control a las integraciones verticales.

⁴²² Fernando Díez Estella resume contraponiendo las escuelas de Chicago a través de la posición de Bork y de Harvard (A. Kaplow) la posición de la doctrina norteamericana sobre el particular, en los siguientes términos: “Para la doctrina más cercana a los postulados del análisis económico del Derecho y a la escuela de Chicago el único objetivo auténtico de la normativa antitrust es la maximización del bienestar. Para el sector vinculado a la escuela de Harvard el concepto de eficiencia –en términos de bienestar del consumidor– es a la vez un concepto fuerte y débil: fuerte, porque es la condición mínima y necesaria para que el sistema económico esté en equilibrio; débil, porque es solamente uno de los muchos valores que nuestra sociedad considera importantes”.

Fernando Díez Estella: *Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones*. (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el Asunto BT/Telefónica). Noticias de la CEE. Marzo/Abril 2000.

El Derecho comunitario de la competencia, no sigue la concepción de la competencia—condición. El artículo 3 del Tratado de la Unión señala como uno de los fines principales de la Comunidad “*el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común*”.

Esta aproximación aparece particularmente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual “*la competencia no falseada establecida en los artículos 3 y 85 implica la existencia sobre el mercado de una concurrencia eficaz (workable competition), es decir, de la dosis de competencia necesaria para que sean respetadas las exigencias fundamentales y alcanzados los objetivos del Tratado*”⁴²³. El artículo 85.3 del TCEE que permite declarar inaplicable los acuerdos restrictivos de la competencia que contribuyen a promover el progreso económico, constituyen una buena prueba de lo anterior⁴²⁴.

Por otro lado, el papel de la competencia como mecanismo de integración de la unidad de mercado europeo, es indiscutible. La política de la competencia debe garantizar que sus fronteras no sean reemplazadas por la compartimentación de mercados derivados de prácticas comerciales restrictivas o de intervenciones proteccionistas del Estado. Las reglas de la competencia constituyen uno de los instrumentos esenciales de la creación del mercado único, al mismo nivel que los principios de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales. Y este es un elemento esencial como factor de interpretación del derecho y los principios de competencia como mecanismo de integración

⁴²³ CJCE 25 Octubre 1977, Metro SB–Großmärkte GmH & Co. KG c. Comisión, Aff. 26/76, Rec. 1977, pág. 1875.

⁴²⁴ Ariño y López de Castro subrayan la “visión dinámica del concepto de competencia” en los mercados regulados. Este enfoque dinámico, entienden, “*no implica una política de diseño apriorístico del mercado y prevención de males futuros, sino todo lo contrario. Significa confiar en la competencia como proceso que se desarrolla a lo largo del tiempo. La competencia no es un punto de equilibrio estático ideal, al que se pretende llegar por la vía de intervención de los mercados, sino el resultado final de éstos, puestas las debidas condiciones*”.

Lucía López de Castro-Gaspar Ariño: *Derecho de la Competencia en Sectores Regulados*. Fundación de Estudios de Regulación. Comares Editorial. Granada 2001.

Por nuestra parte, entendemos que esta visión dinámica de la competencia o el entendimiento de la misma como un proceso se justifica especialmente en aquellos casos como el eléctrico, en el que su régimen jurídico de liberalización o apertura a la competencia se va manifestando en sus contenidos y desenvolviendo en sus efectos precisamente a través de un tiempo previamente definido: el de la propia apertura gradual, que una vez alcanzada cederá paso a la aplicación y vigor de los instrumentos normativos del derecho de la competencia tradicionales y al ajuste de la regulación.

en el proceso de construcción del mercado interior eléctrico. La integración de los mercados implica que estos se armonicen previamente bajo los postulados de la libre competencia y la aproximación legislativa- hasta alcanzar un grado suficiente de uniformización- evitando o sancionando toda práctica restrictiva, discriminatoria o abusiva por parte de cualquier operador. La política comunitaria de competencia, a diferencia de otros sistemas de competencia, no solamente tiene como objetivo fundamental evitar la distorsión de la competencia, sino también alcanzar la integración de los mercados⁴²⁵. Esta es tal vez su nota más característica, a diferencia de otros mercados, y la más difícil de articular y , el objetivo más complicado— por su natural complejidad por la adición sucesiva de mercados nacionales que deben “integrar”, “interiorizar” el acervo de la competencia europea común - de supervisar.

La libre competencia se pone al servicio de los objetivos del Tratado y de los valores que inspiran la existencia de la Unión Europea, cumpliéndose, así, una doble finalidad económica y política. Económica, ya que el objetivo de la integración de los mercados es la resultante necesaria en la creación de un mercado interior único que garantice de manera plena y efectiva la libre circulación de bienes y servicios. Y política, porque a través del satisfactorio cumplimiento de los objetivos económicos se perfeccionan los fines políticos inspiradores de la Unión, estrechando más intensamente los lazos entre los pueblos europeos, y reforzando los principios de libertad —de los que la libertad para emprender y competir son dimensiones esenciales—; y el equilibrio y cohesión territorial. No se trata tanto —o solo- de asegurar la protección de empresas e inversores de menor tamaño,⁴²⁶ asegurando la rivalidad competitiva, o de priorizar el beneficio a los consumidores, en un examen apriorístico, sino de tratar de conjugar diversos aspectos, en aras de un propósito más amplio, el de integración económica sucesivamente más amplia, en razón del interés general europeo.

⁴²⁵ Ver Angel Tradacete Cócera: La aplicación de la competencia al sector de la energía. Madrid. Mayo 2001.

⁴²⁶ Unos ejemplos en la jurisprudencia norteamericana de mediados del pasado siglo, lo podemos encontrar en los asuntos *Brown Shoe Co. Inc v. United States* (1962) y *United States v. Von's Grocery Co.* 1966.

Como señala Pascual Sala, el inciso final del antiguo artículo 81.1⁴²⁷ contiene la regla delimitadora *ratione loci*, según la cual los efectos perturbadores del libre juego de la competencia han de dejarse sentir “*dentro del Mercado Común*”. No se trata de exigir que los actos prohibidos en la norma hayan sido realizados dentro del ámbito espacial de la CE, o que las empresas perjudicadas tengan su sede en territorio comunitario, sino más bien, de constatar o apreciar la naturaleza específicamente comunitaria tanto del bien jurídico dañado como de los intereses perjudicados o susceptibles de serlo. En otras palabras, lo que la regla del artículo 81.1 exige como elemento constitutivo de la prohibición y, por tanto, como factor determinante de la aplicación de ésta, es que los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas alteren o mediaten, actual o potencialmente, la estructura o la dinámica del sistema económico establecido en el Tratado para organizar el Mercado Común, por lo que las disposiciones de los artículos 81 y 82 pueden aplicarse a empresas cuya sede se encuentra fuera de la Comunidad, bien porque ella misma haya cometido dentro del territorio de la Comunidad las infracciones al Tratado, bien porque su comportamiento haya producido sus efectos dentro del territorio comunitario, bien, finalmente, porque dichos comportamientos puedan serles imputados en virtud de la teoría comunitaria de los Grupos de Sociedades. En esta materia hay que tener también particularmente en cuenta la regulación prevista en el Reglamento de 2003, relativo al establecimiento de un sistema de excepción legal que determine la forma de aplicación de las reglas de competencia previstas

⁴²⁷ El artículo 81 del Tratado (actual 101 del TFUE) establece que:

“1. Serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de Asociaciones de Empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o venta u otras condiciones de transacción;
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.

en los citados artículos 81 y 82⁴²⁸ y su grado de atribución y mecanismos de cooperación entre los ordenamientos y jurisdicciones nacionales y comunitarias.⁴²⁹

En el contexto de la liberalización de los mercados energéticos –ha escrito Tradacete– la misión general de la política de competencia es la de complementar el marco jurídico establecido por la legislación sectorial específica con la ayuda de sus cuatro instrumentos fundamentales: aplicación de las reglas anti-trust clásicas, supervisión de empresas con derecho al monopolio, control de concentraciones y control de ayudas de Estado. Y ello, a fin de crear las condiciones necesarias para evitar tanto las prácticas cuyo objeto o efecto limite el libre juego de la competencia, como el cierre de los mercados nacionales a nuevos entrantes.⁴³⁰

Nuestra jurisprudencia constitucional ha ido asentando una doctrina inequívoca, en el sentido de interpretar la defensa de la competencia no como un límite al principio de libertad de empresa, sino como una pieza central y necesaria que asegure la no discriminación y transparencia, es decir, que no produzca situaciones de distorsión de las reglas de mercado, *“evitar aquellas prácticas que pueden afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo de la economía del mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y la economía de mercado”*.⁴³¹

Para que un mercado pueda funcionar correctamente asegurando una transparente libertad de transacciones e intercambios que permitan crear condiciones efectivas de competencia, deben conciliarse los siguientes factores:

⁴²⁸ Actuales 101 y 102 del TFUE.

⁴²⁹ Ver Capítulo II, arts. 5, 6, 11 y 12 del Reglamento CE nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, DOCE 4.1.2003.

⁴³⁰ Ver la referencia anterior al autor, respecto del mismo trabajo.

⁴³¹ STC 88/1986 de 1 de julio.

a) Un adecuado número de operadores que evite la concentración monopolística, pública o privada. O bien, que responda a una estructura que impida el ejercicio abusivo de las posiciones de dominio con directa afectación en la fijación de los precios de los productos individual o colectivamente (a fin de definirlos; o establecer cuotas de producción, descuentos, créditos, informes de mercados o prohibición de importaciones o exportaciones; este marco de actuaciones puede darse en cualquier sector y en cualquier fase de producción). Así, por ejemplo, en el ámbito del sector eléctrico cuando en la configuración o funcionamiento del mercado mayorista se posibilita fijar precios, en el marco del funcionamiento de sus mercados organizados, en los períodos horarios de programación sobre la base de volumen y diversificación tecnológica de generación.

b) *Ausencia de barreras de entrada o facilidades de acceso.* Para que nos podamos encontrar en un mercado suficientemente competitivo la regulación debe garantizar la entrada y la salida libre de los operadores, y que los factores de producción, capital, trabajo y tecnología actúen con la movilidad necesaria. Desde esa perspectiva el mantenimiento de fórmulas o esquemas verticales para integrar en una misma estructura empresarial las distintas fases, actividades o unidades de negocio del suministro eléctrico constituiría potencialmente una barrera de entrada, en la medida en que facilitaría un desdoblamiento simétrico de las cuotas de mercado presentes en una actividad a otras vinculadas a ellas. Pero también lo serían, evidentemente, determinadas prácticas en el mercado minorista, que imposibiliten a operadores o clientes actuar en igualdad de condiciones para acceder al mercado o actuar en el mismo, por la existencia o, mejor pre-existencia de determinadas barreras de entrada no removidas o ajustadas adecuadamente, desde el punto de vista regulatorio.

c) *Homogeneidad y sustituibilidad del producto.* Dos bienes serán considerados homogéneos y se valoran como idénticos por los compradores, si introducida la noción de curva de indiferencia, son homogéneos o constituyen sustitutos perfectos para cualquier consumidor de los mismos, o si las curvas de indiferencia observan una inclinación determinada. Dicho en otros términos, si dos productores ofrecieran al mercado dos bienes tenidos por perfectamente homogéneos, el único criterio de diferenciación de ambos sería el

precio.⁴³² En el caso de la electricidad, esta condición se manifiesta especialmente difícil, aunque se han pretendido algunos ejercicios comparativos con el sector y mercado del gas, que es , en cierto modo convergente del anterior, pero en la situación actual del desarrollo tecnológico, industrial, económico y regulatorio no caben expresarse como productos homogéneos o sustituibles, salvo para la variable, eventualmente, del largo plazo.

d) *Transparencia informativa.* Una de las preocupaciones centrales de la regulación orientada a asegurar la competencia en un sector como el eléctrico, es la de establecer adecuados mecanismos de transparencia informativa sobre precios, tarifas y calidad de los productos o servicios que se ofrecen o transacciones en el mercado. La razón es simple: una de las labores más delicadas y complejas de este tipo de regulaciones es evitar las asimetrías de información desde la demanda a la oferta, a fin de que el consumidor pueda optar con el nivel adecuado de conocimiento sobre el verdadero contenido y alcance de las posibilidades que le otorga el mercado.

En las operaciones de concentración económica en el ámbito del sector eléctrico resulta especialmente relevante la definición y concreción de conceptos que los órganos de defensa de la competencia van formalizando.

Las actitudes que con mayor frecuencia han sido denunciadas en el contexto del derecho español , y en este capítulo de las concentraciones, se encuentran tipificadas en las normas nacionales y comunitarias sobre competencia, y responden a negativas injustificadas relativas a demandas de suministro, a ampliación de la potencia contratada, y especialmente conflictos de acceso de terceros a redes.

⁴³² Conviene recordar, también, en este punto el denominado test SSNIP (small but significant non transitory increase in price) que consiste en analizar la reacción de los consumidores a un aumento pequeño (de entre el 5 y el 10 por cien) y no transitorio de los precios relativos de un determinado producto, dado que este test permite identificar también las variables de sustituibilidad de determinados productos por sensibilidad de precios.

2. DELIMITACIÓN DEL MERCADO A EFECTOS DE SU INTERPRETACIÓN DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. MERCADO RELEVANTE Y MERCADO GEOGRÁFICO Y SU PROYECCIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO.

Del concepto que definamos del mercado, o de la perspectiva que decidamos enjuiciar el mismo, dependerán su régimen normativo, la autoridad de aplicación y el encuadramiento de la conducta o práctica, a fin de establecer si se produce o no una situación que restrinja la competencia, y el procedimiento a llevar a cabo, en su caso, hasta la resolución de que se trate o la valoración que proceda del asunto en cuestión.

El vocablo mercado puede referirse, en una primera aproximación, al área geográfica en que una empresa vende sus productos, o a la industria o sector al que pertenece. Pero para una conceptualización acorde con la realidad que contemple los intereses en juego, de empresas y consumidores, la delimitación del mercado depende de una serie de variables que es preciso ponderar. Además, debemos tomar en consideración que el mercado objeto de nuestro análisis es en el que desenvuelven mayoritaria, e incluso en buena parte de los casos, exclusivamente, su actividad empresas reguladas, esto es, sometidas a imperativos de interés general dadas sus exigencias de servicio público esencial. Dicho en otros términos, aunque en los comentarios ulteriores realizaremos algunas consideraciones sobre el mercado relevante y geográfico aplicables con carácter general o indistinto a otros sectores, lo cierto es que los operadores eléctricos, así como el producto electricidad, conforman un “mercado regulado”. Dicho mercado se apoya en su configuración tanto en la libre circulación de productos o mercancías, como en la libre prestación de servicios o el pleno derecho de establecimiento en un mercado, en nuestro caso, en el español y , por extensión en un mercado único europeo. Ahora bien, en todo caso, y cualquiera que sea el espacio territorial en que se manifieste dicho producto e industria conformará, en su caso, un mercado soportado por exigencias de red, como monopolio natural, infraestructura esencial o mecanismo de obligado acceso para la venta o entrega final del producto a suministrar . Además, es un mercado que, por sus características de partida –fuertes monopolios públicos- y sus requerimientos técnicos, económicos y financieros mantiene un alto grado de barreras de entrada implícitas que lo hacen más propicio a las operaciones corporativas que a la entrada directa de nuevos operadores, no de otras empresas nacionales o comunitarias, sino a otros “nuevos” procedentes de sectores contiguos o de empresas

animadas a participar como nuevos entrantes con ocasión de las eventuales posibilidades que presenta el proceso de apertura. Naturalmente, si las circunstancias técnicas lo habilitaran, el desenvolvimiento normal y deseable de dicho mercado sería hacia y desde otros países y operadores comerciales de la Unión Europea, perímetro jurídico- político del referido proceso de construcción de un mercado interior.

En tal sentido, considero sin duda acertado el planteamiento que recupera Juan de la Cruz en torno a la distinción entre “competencia por el terreno” y “competencia dentro del terreno” presentado por Harold Demsetz, lo que traducido al ámbito actual de la estructura del mercado eléctrico significaría compraventa de electricidad, es decir, mercado de producto o compraventa de empresas eléctricas, esto es, configuración corporativa y reestructuración sectorial del mismo.

Como ha puesto de relieve la Comisión Europea el objetivo de definir un mercado en sus dos dimensiones de producto y geográfica, es identificar a aquellos competidores de las empresas en cuestión, que son capaces de restringir, limitar o falsear la competencia. Tradicionalmente pues, se han considerado pues, las dimensiones distintas en la propia configuración y definición del mercado: la del producto y la del área geográfica relevante.

Por consiguiente, antes de apreciar desde la perspectiva técnico-jurídica una situación o posición dominante y su abuso, o de determinar si una concentración tiene efectos restrictivos de la competencia, es necesario definir el mercado relevante de producto y geográfico en el que la empresa desarrolla sus actividades. Y, para ello, podemos seguir la Comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa europea⁴³³, llamada a regular la naturaleza de estas operaciones a escala europea, establecer sus procedimientos y definir los parámetros que delimitan su consideración como operaciones antitrust o concentraciones económicas al nivel antes señalado, al afirmar que *“el objetivo de definir un mercado en sus dos dimensiones, de producto y geográfica, es identificar a aquellos competidores de las empresas en cuestión, que son capaces de restringir su comportamiento y de impedirles que actúen sin sentirse*

⁴³³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, DO C 372 de 9.12.97.

sometidas a una presión competitiva efectiva”. Para la definición tanto del producto como del ámbito geográfico, se recurre en la citada Comunicación al criterio de intercambiabilidad o sustituibilidad de la demanda y de la oferta, así como al criterio de la competencia potencial.

También es conveniente referirse a la jurisprudencia comunitaria en relación con la definición del mercado relevante. Así, se ha estimado en *United Brands* que *“las posibilidades de competencia en relación con el artículo 86 del Tratado deben ser examinadas en función de las características del producto en causa... para que pueda constituir un mercado suficientemente distinto, el producto en causa debe poder individualizarse por sus características particulares de tal forma que lo diferencien de otros productos hasta el punto de que sea poco intercambiable con ello y que no sufra su competencia de manera sensible”*.

Pero la definición del mercado se realiza no sólo atendiendo a las características del producto sino en función de las necesidades para cuya satisfacción son aptos. Así aparece el concepto de sustituibilidad funcional, por la que dos productos son intercambiables y forman parte del mismo mercado cuando pueden satisfacer idénticas necesidades de los usuarios. También se recurre en la misma Sentencia al concepto de la elasticidad cruzada de la demanda, *“que se produce cuando los usuarios de un producto determinado están dispuestos, por una débil reducción del precio, a satisfacer su demanda con productos competidores o que puedan sustituirlos”*.

Igualmente se atiende al criterio de las condiciones de oferta y demanda o las condiciones de competencia⁴³⁴, que conducen al Tribunal de Justicia CE, en el Asunto *Hoffmann-La Roche* a estimar que *“cuando un producto puede ser usado para fines diversos y cuando los diferentes usos responden a necesidades económicas, también, diferentes, hay que admitir que ese producto puede pertenecer según los casos a mercados*

⁴³⁴ En la Sentencia *Michelin*, el Tribunal estima que *“debe tenerse en cuenta que la determinación del mercado relevante del producto es útil para evaluar si la empresa de que se trate está en situación de prevenir el mantenimiento de la competencia efectiva y para comportarse con independencia de sus competidores y clientes y consumidores. Para ello, por tanto, un examen limitado a las características objetivas del producto no puede ser suficiente: las condiciones de la competencia y la estructura de la oferta y demanda en el mercado también han de tenerse en consideración”*.

distintos que presenten, eventualmente, tanto desde el punto de vista de la estructura como de las condiciones de competencia, características diferentes”.

En suma, la doctrina de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia en este tema es muy amplia y ha llevado a delimitar el mercado de forma reducida en varias ocasiones⁴³⁵. Deben, por tanto, evaluarse todos aquellos productos que pueden ser considerados como intercambiables o sustitutorios para el consumidor en razón de sus características previas, o atendiendo al uso que se haga de ellos o al destino que tengan.

En el mercado energético, la Comisión Europea ha entendido que el gas constituye un producto y mercado en sí mismo, a efectos del análisis de la libre competencia, diferente de la electricidad, dado que la sustituibilidad por el lado de la demanda, podría tener lugar sólo en el largo plazo, requiriendo importantes inversiones de los usuarios para adaptar su equipamiento según la fuente de energía elegida⁴³⁶.

En lo que se refiere a la delimitación del producto se puede considerar que la electricidad es el producto relevante, descartando otras aproximaciones que incluirían al gas en razón de la eventual sustituibilidad parcial que se observaría con esta fuente alternativa de energía. La Comisión ha sostenido este criterio señalando que si bien puede existir cierta sustituibilidad por el lado de la demanda, ésta se producirá a muy largo plazo y requerirá importantes inversiones por parte de los usuarios, que deberán adaptar su equipamiento según la fuente de energía elegida.⁴³⁷

⁴³⁵ En el Asunto F. Hoffmann–La Roche, el Tribunal estimó la existencia de mercados separados para los diferentes tipos de vitaminas, y en dicho marco analizó el abuso de posición dominante, imponiéndose la multa más elevada (500 millones de dólares para uno de los líderes del cártel) y en toda la historia de la competencia hasta entonces. Entre 1987 y 1996 las multas impuestas por cárteles superaban los 295 millones de dólares y los dos años siguientes ascendieron a 472 millones, y en 1999 más de un billón. En el Asunto Michelin, el Tribunal estimó que constituían mercados separados y diferentes el de neumáticos de recambio para vehículos y el correspondiente a vehículos pesados. En el Asunto Tetra Pak, estimó que constituían mercados diferentes los correspondientes a los diferentes tipos de envases. En el Asunto Hugin, estimó que el mercado relevante correspondía al de los recambios de la marca Hugin *“requeridos por empresas independientes que se especializan en el mantenimiento y reparación de cajas registradoras”*.

⁴³⁶ Esta es la posición adoptada por la Comisión en la Decisión IV/M.1190 Amoco–Repsol–Iberdrola–Ente Vasco de la Energía, así como en Decisiones anteriores (IV/M.493 Tractebel–Distrigaz II; IV/M.568 EF–Edison–ISE; IV/M.931 Nestlé–IVO).

⁴³⁷ Decisión IV/M.1990 Amoco–Repsol–Iberdrola–Ente Vasco de la Energía, así como en Decisiones precedentes (IV/M.493 Tractebel–Distrigaz II; IV/M.568 EF–Edison–ISE; IV/M.931 Nestlé–IVO).

Asimismo, podría realizarse una delimitación de mercados todavía más específicos. Más concretamente, con respecto a la generación, podrían considerarse productos distintos los kilovatios ofrecidos en distintos momentos del día (horas punta y valle, por ejemplo) o la energía ofertada con un día de antelación o con plazos más cortos, o la provisión de los denominados servicios complementarios, o el tipo de energías primarias utilizadas⁴³⁸.

En consecuencia, son las actividades de generación y comercialización las más susceptibles de constituir un mercado en competencia efectiva, si bien no puede por ello descartarse la consideración de las actividades de transporte y distribución como mercados sometidos a la normativa de defensa de la competencia, sin perjuicio de su carácter de regulados, porque todo el sistema o sector, en definitiva lo es, aunque con diversos grados o intensidad.

Recuérdese a estos efectos el precedente de la operación de concentración, en el ámbito de la distribución de gas natural, entre ENDESA/GAS NATURAL⁴³⁹, en el que el Gobierno rechazó la operación, junto a la afectación financiera de la misma, con base en consideraciones relativas a los efectos de la misma en los mercados de distribución y comercialización de gas natural, teniendo en cuenta el argumento de la necesidad de preservar una competencia referencial en el ámbito de la distribución, así como la incidencia de la concentración sobre el desarrollo futuro de la comercialización.

El mercado relevante hace pues referencia a un mercado “determinado”. Es un mercado concreto y no un concepto abstracto. Para delimitar el mercado relevante se toman en cuenta un conjunto de variables, en el que se integran los productos o servicios que interesan, el ofrecimiento de bienes (productos o servicios) que satisfacen necesidades

⁴³⁸ En cuanto a la producción en régimen especial, podría considerarse como un producto diferenciado, teniendo en cuenta la concepción de tal actividad como eminentemente regulada, y su, hasta ahora, nula participación en el mercado mayorista de electricidad. Tal fue la conclusión que esta Comisión estableció en su Informe sobre la OPA de Unión FENOSA sobre Hidroeléctrica del Cantábrico.

⁴³⁹ Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de julio de 1999, Orden de 6 de septiembre de 1999, BOE de 1 de octubre de 1999, relativa a la toma de control conjunto de Gas Aragón, S.A. por Endesa, S.A. y Gas Natural, S.A. y en la toma de una participación del 20% en Gas Andalucía, S.A. por Endesa, S.A.

similares y pueden sustituir a los propios, el espacio geográfico, un período de tiempo determinado, los consumidores y los competidores, reales y potenciales, los proveedores, los clientes. Todo este conjunto va a encuadrar en concreto la situación en la cual se verifica la competencia y la transparencia en que se desarrollan las transacciones.

El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran intercambiables o sustituibles en razón de sus características, precio o uso que se prevea hacer de los mismos. Por tal causa se deben tomar en consideración también la estructura de abastecimiento y la demanda de tales productos en el mercado, para que sirvan como pauta de referencia.

La *sustituibilidad del abastecimiento* trata de determinar si un producto se fabrica o puede llegar a fabricarse por otros productores con relativa facilidad.

A su vez, un producto se estima *sustituible por la demanda* cuando otros productos reúnen condiciones de similitud de tal entidad que los consumidores los tienen como sustitutos razonables, siendo una cuestión de hecho que depende de las circunstancias concretas del caso. Si la intercambiabilidad es reducida o limitada, se considera que el producto de que se trata podría constituir por sí solo un mercado relevante⁴⁴⁰.

Este concepto de “mercado relevante” se encuentra relacionado a los objetivos perseguidos por la política sobre competencia. Por ejemplo, la política de control de fusiones, relativa a los cambios estructurales en la oferta de un producto o servicio tiene como fin evitar la creación o el refuerzo de una posición dominante, cuyo resultado sería impedir o restringir seriamente la competencia efectiva en una parte sustancial del mercado.

Así, si el volumen de los negocios interesados alcanza los umbrales fijados por la regulación comunitaria ésta es aplicada, por entender entonces que la competencia se ve obstaculizada de forma significativa en el mercado comunitario o en una parte sustancial del mismo. En estos casos los Estados miembros no pueden, en principio, aplicar su legislación nacional en materia de competencia, en tanto la operación de concentración contraria a la

⁴⁴⁰ Ver *United Brands*, Sentencia del 14-2-78, TJCE

competencia tiene dimensión comunitaria. Ahora bien, si el volumen de negocios se halla por debajo del umbral establecido, el Estado miembro puede aplicar su legislación en la materia.

A pesar de lo antes expuesto, el Estado que puede tener interés legítimo en limitar la práctica anticompetitiva de que se trate, puede adoptar las medidas pertinentes para garantizar la protección de su mercado, siempre que sea compatible con los principios generales y las disposiciones de la regulación comunitaria⁴⁴¹.

Ahora bien, la perspectiva comunitaria cobra una especial importancia, en materia de concentraciones. Es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad, y que sea el único aplicable a estas concentraciones.⁴⁴²

Se considera que una concentración tiene dimensión comunitaria cuando el volumen de negocios total de las empresas afectadas supera un umbral determinado, con independencia de que las empresas participadas en la concentración tengan o no su sede o sus actividades principales en la comunidad, siempre y cuando “realicen operaciones sustanciales” en la misma. Y, sensu contrario, cuando las concentraciones afecten a un mercado definido, que no representen, por tanto, una parte sustancial del mercado común, deberá obligarse a la Comisión a remitir el asunto total o parcialmente al Estado miembro afectado, previa solicitud de este.

En este sentido, el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, establece en su artículo 22 un sistema por el que uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión el examen

⁴⁴¹ Ver Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en Comisión Europea, *“Derecho de control de concentraciones en la Unión Europea. Situación: marzo 1998”*, puntos 27 y 28, pág. 43, modificado por el Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1998 [Diario Oficial L180 de 09.07.1997]. Dicho Reglamento CEE n° 4064/89 del Consejo fue sustituido por el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas, aplicado mediante Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 a su vez modificado por el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo.

⁴⁴² Ver Considerando 6, Reglamento CE n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004.

de concentraciones que no tenga dimensión comunitaria, pero que puedan afectar al comercio entre Estados miembros y amenazar con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presenten la solicitud.

Por otro lado, también las concentraciones de dimensión comunitaria, podrán someterse al examen de un Estado miembro, antes de la notificación de dicha concentración a la Comisión, por escrito motivado de la persona o empresa que adquiera el control de la totalidad o partes de una o varias empresas a la Comisión, cuando la concentración pueda afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presente todas las características de un mercado definido, de acuerdo al Artículo 4.4 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas⁴⁴³.

⁴⁴³ Establece el Artículo 4.4 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas que “*Antes de la notificación de una concentración en el sentido del apartado 1 [concentración de dimensión comunitaria], las personas o las empresas contempladas en el apartado 2 [la persona o empresa que adquiera el control de la totalidad o partes de una o varias empresas] podrán informar a la Comisión, por medio de escrito motivado, de que la concentración puede afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y, por tanto, debe ser examinada, total o parcialmente, por dicho Estado miembro.*”

La Comisión transmitirá este escrito sin demora a todos los Estados miembros. El Estado miembro al que se refiera el escrito motivado manifestará su acuerdo o desacuerdo en lo relativo a la solicitud de remisión del asunto en un plazo de 15 días laborables desde la recepción del escrito. Si dicho Estado miembro afectado no adopta una decisión en ese plazo, se considerará que está de acuerdo.

A menos que dicho Estado miembro manifieste su desacuerdo, la Comisión podrá decidir, cuando considere que existe tal mercado definido y que la competencia del mismo puede verse afectada de manera significativa por la concentración, la remisión total o parcial del asunto a las autoridades competentes de dicho Estado miembro con objeto de que se aplique su normativa nacional en materia de competencia.

La decisión de proceder o no a la remisión de un asunto de conformidad con lo dispuesto en el tercer párrafo se adoptará en un plazo de 25 días laborables desde la recepción del escrito motivado por la Comisión. La Comisión informará a los demás Estados miembros y a las personas o empresas afectadas de la decisión que haya adoptado. Si la Comisión no adopta una decisión en el plazo citado, se considerará que ha decidido remitir el asunto conforme al escrito presentado por las personas o empresas afectadas.

Si la Comisión decide o se considera que ha decidido, en virtud de los párrafos tercero y cuarto, remitir el asunto en su integridad, no se habrá de presentar una notificación con arreglo al apartado 1 y se aplicará la normativa nacional en materia de competencia. Los apartados 6 a 9 del artículo 9 serán aplicables mutatis mutandis.”

Igualmente cuando una concentración de ámbito comunitario ya esté notificada a la Comisión, esta podrá ser sometida a las autoridades competentes del Estado miembro afectado, por iniciativa de dicho Estado o de la propia Comisión, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 9 del mismo Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas⁴⁴⁴.

La Comisión Europea también ha realizado una delimitación del mercado relevante de carácter nacional en varios asuntos en los que ha tenido la oportunidad de valorar determinadas concentraciones celebradas en el sector de la energía eléctrica. Así lo ha hecho en su Decisión en el caso Tractebel/Distrigaz II en el que con base en razones económicas y jurídicas, considera que las sociedades que desarrollan las actividades de producción, importación, transporte y distribución de electricidad han operado históricamente sobre bases nacionales, si bien no excluye en este momento que en el futuro los mercados adquieran dimensión comunitaria.

Esta misma doctrina se reitera en la Decisión EDF/EDISON ISE, en el que las compañías implicadas actuaban a escala nacional, siendo diferente la estructura de la oferta en cada Estado, pero subrayando la posibilidad de que los marcos regulatorios de los Estados miembros pudieran variar, permitiendo identificar en tal momento mercados más amplios. Por último, en una Decisión⁴⁴⁵ acordada después de haberse adoptado la Directiva europea del mercado interior de la energía, la Comisión Europea entiende que el mercado

⁴⁴⁴ Establece el Artículo 9 del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas que “1. La Comisión podrá, mediante decisión que comunicará sin demora a las empresas afectadas y a las autoridades competentes de los demás Estados miembros, remitir una concentración notificada a las autoridades competentes del Estado miembro afectado las circunstancias que se exponen a continuación.

2. En el plazo de 15 días laborables a partir de la recepción de la copia de la notificación, el Estado miembro, a iniciativa propia o a instancias de la Comisión, podrá comunicar a la Comisión, la cual deberá informar de ello a las empresas afectadas:

- a) que una concentración amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido, o
- b) que una concentración afecta a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común.”

⁴⁴⁵ IV/M.1190 Amoco–Repsol–Iberdrola–Ente Vasco de la Energía.

geográfico de referencia es el mercado peninsular español, debido al flujo limitado de intercambios entre España y otros países.

Por ello, no obstante, tras estas consideraciones y en el caso de la península ibérica, conviene tener presente – como explicamos con más detalle más adelante- que en el futuro, incluso en el corto plazo, y teniendo en cuenta el volumen no desdeñable de flujos de energía eléctrica que pueden llegar a realizarse entre España y Portugal si se armonizan sus grados de apertura y regulación, podría realizarse una delimitación de mercado relevante geográfico más amplio en relación con la actividad de producción y comercialización, que comprendiera toda la península ibérica, aunque debe tenerse también en cuenta la formación ulterior de los denominados “mercados regionales europeos”, básicamente por razones de integración de redes e interconexiones eléctricas y criterios de resolución de congestiones o uso adecuado de la red.

Así podría realizarse teniendo en cuenta asimismo los términos en que se expresa en la aludida Comunicación de la Comisión Europea, que se refiere a *“el continuo proceso de integración de mercado, en particular en la Unión Europea, cuando se definen los mercados geográficos, especialmente en el área de concentraciones y joint ventures estructurales”*.

2.1. El mercado geográfico país.

El concepto de mercado ha coincidido tradicionalmente con el área delimitada por una comunidad política, organizada como Estado, entendiendo por tal un territorio sobre el que las empresas intervienen en la oferta y la demanda, en condiciones de competencia homogéneas.

Sin embargo, también dentro de este espacio geográfico del mercado nacional puede considerarse una subdivisión del mismo, siendo así que puede estar definida por una parte del mismo o por el ámbito que una o varias empresas consideran como de su competencia. Por ello, para analizar si una conducta es contraria a la competencia o no, se deben verificar desde estas ópticas, el espacio geográfico delimitado y el ámbito del producto o servicio perjudicado por el comportamiento. En este sentido, y desde el concreto análisis de la

problemática competitiva del sector eléctrico, encontramos que la Comisión de la Energía consideró en su Informe sobre el proyecto de concentración consistente en la toma de control de Hidroeléctrica del Cantábrico, S.A. por Unión Eléctrica Fenosa, S.A., que dado el bajo nivel de interconexión con Francia, así como el actual estado de bloqueo en la construcción de nuevas líneas con este país y que, además, en caso de una hipotética apuesta por el desarrollo de las citadas interconexiones, el período de construcción de las mismas sería bastante elevado, la hipótesis de mercado relevante nacional en la Península es la más probable de todas en el corto plazo y, en concreto, en la actualidad.

La perspectiva desde la que se analizaría la competencia en el sector eléctrico, cambiaría sustancialmente si el mercado relevante fuese el europeo, o los regionales internos que desde el punto de vista energético se definan en este espacio. De ahí la gran importancia que tiene abordar la problemática que acompaña a las interconexiones internacionales. A juicio del citado Organismo regulador nacional, entretanto no se alcance un determinado nivel de interconexiones aceptable, deberá establecerse un período transitorio en el que se concreten determinadas medidas tendentes al aumento de la competencia interior.

Es, sin embargo, muy pertinente a nuestro juicio la observación que realizan Gaspar Ariño y Lucía López de Castro cuando apuntan la necesidad de apreciación de la *“tendencia de ampliación del mercado, que se consumará antes o después...”*, especialmente en un entorno económico como el presente identificado por la amplitud del radio geográfico de los intercambios económicos y comerciales, directos e indirectos, y por la *“tendencia”* a la globalización y ampliación del volumen y la localización de las transacciones.

2.2. Mercado comunitario.

En este sentido, la noción de mercado se ve ampliada al ámbito de la Unión Europea y parte, como condición para la integración europea, de asegurar la posibilidad para todos los agentes económicos de entrar y salir libremente de ese mercado. Esta ampliación del mercado que se produce a partir de la regionalización importa la posibilidad de que una práctica restrictiva afecte un ámbito mayor al de la competencia legal y procesal de cada una de las autoridades nacionales tomadas individualmente.

Como señalábamos en las líneas introductorias de este capítulo, el objetivo de definir un mercado a través de sus dos dimensiones (geográfico y de productos) es identificar a quienes constituyen reales competidores de las empresas involucradas, o sea a los que son capaces de forzar su comportamiento y de impedir que se desempeñen independientemente de presiones competitivas.

Así se verifican la posición de las empresas en el mercado, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, los obstáculos y costes relacionados con el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutivos, el acceso a las fuentes de suministro, la existencia de obstáculos al acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trata, los intereses y preferencias de los consumidores, la evolución del progreso técnico o económico.

“La definición del mercado de referencia a nivel de producto y en su dimensión geográfica permite determinar los proveedores y los clientes/consumidores que actúan en dicho mercado. Partiendo de la misma y sobre la base de las ventas de los productos considerados en la zona estudiada, puede calcularse el tamaño total del mercado y las cuotas de mercado de cada proveedor. En la práctica, el tamaño del mercado y las distintas cuotas de mercado a veces se pueden obtener de fuentes existentes en el mercado, tales como estimaciones de las empresas o estudios encargados a consultores de empresas y/o a asociaciones profesionales” ⁴⁴⁶.

En estos supuestos uno de los objetivos de la defensa de la competencia es impedir que el establecimiento por parte de los Estados, de barreras nacionales ponga en peligro esa unidad del mercado común, a través de su fragmentación territorial. Por esta causa, la política de defensa de la competencia debe ser necesariamente encarada desde la Comunidad, como uno de los medios de asegurar la unicidad del mercado común.

⁴⁴⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, 97/C 372/03, punto 53.

En el caso del mercado ibérico, la CNE, aunque consideraba razonable defender la tesis de que España y Portugal constituyen un único mercado geográfico, ha delimitado en sus pronunciamientos sobre expedientes de Competencia el ámbito geográfico al nacional argumentando que *“respecto al mercado mayorista de energía eléctrica cabe considerar que, en la actualidad, se trataría más bien de un mercado de carácter nacional, por cuanto se compone de un mercado organizado de producción de energía eléctrica basado en un sistema de ofertas de venta y adquisición de energía cuya gestión económica y técnica se realiza, a nivel nacional (...)”*. Añadiendo, en algunos casos, además que. *“el análisis de la delimitación del mercado relevante geográfico y de producto conduce igualmente a la consideración de mercados de carácter nacional para las actividades de transporte y distribución, teniendo en cuenta la existencia de un precio fijado administrativamente con carácter único para todo el territorio nacional, para la retribución de dichas actividades”*.⁴⁴⁷

3. CONCENTRACIONES EMPRESARIALES.

3.1. Marco normativo de las concentraciones empresariales.

El capítulo de las concentraciones empresariales y sus mecanismos de notificación y control constituyen uno de los elementos centrales del derecho de la competencia, que tiene en sectores regulados, como el energético, con empresas de gran dimensión, una extraordinaria importancia por la permanente tensión entre capacidad competitiva de los grupos empresariales y estructuras de mercado que garanticen la formación libre y competitiva de los precios.

En el ámbito comunitario el proceso de análisis de las concentraciones empresariales fue abordado en primer término en el Tratado CECA en virtud de lo dispuesto por su

⁴⁴⁷ Otra definición incluida en el Expediente Cantábrico-Fenosa, y paradigmática de esta posición doctrinal, es la que se recoge en el formulario CO del Reglamento CE nº 4086/89 que define el mercado geográfico de referencia como aquel que *“comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas”*.

artículo 66, dirigido expresamente a regular esta materia. Un Memorandum elaborado en el año 1965 sobre “el problema de la concentración en el Mercado Común”, y los sucesivos Informes sobre política de la competencia emanados de los Servicios de la Comisión Europea, fueron las siguientes aportaciones no normativas ofrecidas en el ámbito comunitario. La aproximación realizada por la Comisión en el año 1965 implicaba una primera toma de posición en la perspectiva de aplicación de los artículos 65 y 66 del Tratado CE y avanzaba interesantes valoraciones interpretativas sobre el asunto objeto de examen (explotación abusiva de posición dominante mediante concentración; acuerdos entre empresas y sus criterios de diferenciación con la noción de concentración, etc.).

Hay que esperar al Reglamento 4064/89 para encontrar en los textos normativos, salvo la referencia CECA antes aludida, una definición sobre concentración de empresas⁴⁴⁸, que refleja una “*modificación permanente en la estructura de las empresas participantes*”, y se explicitan en dos formas básicas: la fusión y la adquisición del control.

Como señala Ricardo Alonso Soto, la ley española que había optado, en un primer momento, por referirse de modo genérico a este tipo de operaciones, sin establecer un concepto ni proceder a una enumeración casuística de las mismas, poniendo exclusivamente el acento en las figuras de la concentración o la toma de control, ha cambiado de criterio alineándose con el planteamiento del Reglamento comunitario definiendo las concentraciones económicas como aquellas operaciones que supongan “una modificación estable de la estructura” de control de las empresas partícipes mediante: a) La fusión de varias empresas anteriormente independientes; b) La toma de control de la totalidad de una empresa o de parte de la misma por otra persona o empresa realizada por cualquier medio o negocio jurídico; c) La creación de una empresa en común (empresa en participación) o la adquisición del control conjunto sobre una empresa⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Ver también la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas sobre cooperación entre empresas (Doc. nº 75 de 29 de julio de 1968); así como las Resoluciones del Parlamento Europeo de 7 de junio de 1971 sobre normas de la competencia (Doc. nº 66 de 1 de julio de 1971) y la Resolución del Parlamento sobre esta misma materia de 1983 (Doc. nº 322 de 28 de noviembre de 1983).

⁴⁴⁹ Son varias las modificaciones legales importantes introducidas en este ámbito desde 1989. Así, el Real Decreto 1080/1992, de 11 de septiembre, que fijaba el procedimiento a seguir por los órganos de defensa de la competencia en materia de concentraciones económicas, publicado en el BOE de 27 de octubre de 1992. Asimismo, el Real Decreto 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, publicado el 8 de junio de 1996. Ver también el Real Decreto 6/1999

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, señalaba en su artículo 14, en la redacción dada a dicho precepto en el Real Decreto-Ley 6/1999, que todo proyecto u operación de concentración de empresas deberá ser notificado obligatoriamente al Servicio de Defensa de la Competencia (integrado en el Ministerio de Economía) por una o varias de las empresas partícipes cuando⁴⁵⁰:

1. Como consecuencia de la operación se adquiriera o se incremente una cuota⁴⁵¹ igual o superior al 25 por 100 del mercado nacional, o de un mercado geográfico definido dentro del mismo, de un determinado producto o servicio, o
2. El volumen de ventas global⁴⁵² en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 40.000 millones de pesetas, siempre

en su Disposición Transitoria Primera, que modificaba el Real Decreto 1080/1992 en materia de procedimiento de concentración y el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia publicado en el BOE de 23 de diciembre; naturalmente la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que reforma la de 1989 sobre Defensa de la Competencia, y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia publicado en el BOE de 27 de febrero. Además el Real Decreto-Ley 2/2001, de 2 de febrero, por el que se modifican determinados artículos de la Ley 16/1989, así como la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/1997.

⁴⁵⁰ Se reforzaba así el régimen de la Ley de 1989 que imponía únicamente un mecanismo de notificación voluntaria al Servicio de la Competencia que permitía el desarrollo de la operación antes de su autorización expresa o tácita. Notificación que se podía efectuar con carácter previo o hasta tres meses después de la realización de la concentración. La autorización tácita de las operaciones notificadas voluntariamente tendría lugar si, transcurrido un mes desde la notificación, el Tribunal de Defensa de la Competencia no hubiera tenido conocimiento de la misma o si no hubiese emitido su dictamen en el plazo de tres meses desde la remisión del expediente por el Ministerio de Economía.

⁴⁵¹ En relación al concepto de “cuota de mercado” el artículo 4 del Real Decreto **261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia**, establece que se obtendrá de “la suma de las cuotas de mercado en el mismo de las empresas partícipes en la operación.

Se entenderá, en todo caso que:

- a. *Existe adquisición de cuota cuando aun existiendo control previo por parte de la adquirente se produjera como consecuencia de la concentración económica un cambio en las características del control, sea éste conjunto o exclusivo.*

Asimismo, existe adquisición de cuota cuando se produce la creación de una empresa en participación y las matrices aporten todo o parte de su negocio a la entidad de nueva creación.”

⁴⁵² En relación al concepto de “volumen de negocios”, el artículo 5 del Real Decreto **261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia**, establece que “comprenderá

que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a 10.000 millones de pesetas.

Esta obligación de notificación no afecta a las operaciones que recaigan en el ámbito del Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo modificado por el Reglamento (CEE) 1310/97.⁴⁵³

El artículo 2 del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, reproduce la definición general del artículo 14 LDC, añadiendo que la consideración como concentración de la modificación de la estructura de una empresa es independiente de que dicha empresa o parte de la misma tenga personalidad jurídica propia, y no considerándose como tal concentración la *“mera redistribución de valores o activos entre las sociedades de un mismo grupo por cuanto no existe modificación de la estructura de control”*.

Continúa señalando el artículo 2 del citado Real Decreto que *“se entenderá que existe relación de control cuando, como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos sobre el capital o los activos de una empresa o por cualquier otro medio, exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre sus actividades. En todo caso, se considerará que dicho control existe:*

la cifra resultante de la venta de productos y de la prestación de servicios que correspondan a las actividades ordinarias de las empresas partícipes en la operación de concentración en el último ejercicio contable, previa deducción del importe de las bonificaciones y de demás reducciones sobre las ventas, del Impuesto sobre el Valor Añadido y de los demás impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios.

Cualquier adquisición o cesión de control de la totalidad o parte de empresas posterior a la fecha de cierre de las cuentas auditadas de las empresas partícipes, quedará reflejada en el volumen de negocios utilizado a efectos de la notificación de la operación de concentración.”

⁴⁵³ En cuanto a qué se entiende por concentración económica, el apartado 2 del artículo 14 de la Ley de Competencia citada se refiere a *“aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas partícipes mediante:*

- a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes.*
- b) La toma de control de la totalidad o parte de una empresa o empresas mediante cualquier medio o negocio jurídico.*
- c) La creación de una empresa en común y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una empresa, cuando ésta desempeñe con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenga por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes”.*

a) *Cuando se tenga una influencia decisiva sobre la composición, deliberaciones o decisiones de los órganos de una empresa.*

b) *Entre las sociedades integrantes de un mismo grupo, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores”.*

El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, publicada por Resolución de 29 de junio de 2000, contempló igualmente modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia en materia de notificación de las operaciones de concentración, estableciendo la suspensión de su ejecución hasta tanto no se haya manifestado sobre la misma la Administración⁴⁵⁴. Mediante Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre, se aprueba el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23-6-2000⁴⁵⁵.

Otra de las consecuencias del Real Decreto-Ley 6/2000 en esta materia es el acortamiento de los plazos que tienen los órganos de defensa de la competencia para enjuiciar la operación de concentración, de manera que al plazo inicial de un mes para el Servicio, se añade el plazo de dos meses con el que cuenta el Tribunal para redactar su informe, y se acorta de tres a un mes el plazo concedido al Gobierno para aprobar o denegar la operación.

Los expedientes de concentraciones serán remitidos por el Ministro de Economía al Tribunal de Defensa de la Competencia en la medida que considere que *“pueden obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado”*.

⁴⁵⁴ En caso de incumplimiento de esta obligación, el Servicio de Defensa de la Competencia podría requerir a las empresas partícipes en la operación de concentración para que efectúen la correspondiente notificación, que tendrá carácter público, en un plazo no superior a veinte días a contar del requerimiento; si transcurrido dicho plazo continuara sin notificarse la operación, el Director del Servicio disponía de la facultad de imponer sanciones a dichas empresas.

⁴⁵⁵ El artículo 1.1 del Real Decreto 1232/2001, de 12 de noviembre establece: “El presente Reglamento resulta de aplicación a los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones administrativas a aplicar por parte de la Comisión Nacional de Energía o de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones, según sus respectivas competencias”.

La apreciación de un proyecto u operación de concentración se ha debido fundamentar –y juzgar– en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados, atendiendo principalmente a las siguientes circunstancias: a) Delimitación del mercado relevante; b) Su estructura; c) Las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores y usuarios; d) El poder económico y financiero de las empresas; e) La evolución de la oferta y la demanda; f) La competencia exterior.

Asimismo, también de conformidad con la normativa nacional y comunitaria, podrá considerarse la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos de la competencia.⁴⁵⁶

En consecuencia, la Comisión Europea no ha puesto objeciones a una serie de operaciones enjuiciadas considerando, sin entrar en análisis más profundos, que la cuota de mercado alcanzada con la concentración no era suficientemente importante para considerar la existencia de una posición dominante. En general, cuotas de mercado inferiores al 40% han permitido a la Comisión Europea considerar que no existía una posición dominante, mientras que si se supera dicha cifra, el análisis entrará seguramente en la segunda fase de investigación prevista en el Reglamento.

⁴⁵⁶ Por otra parte, el Reglamento (CEE) 4064/89, del Consejo, tal como quedó modificado por el Reglamento (CEE) 1310/97, de 21 de diciembre, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas, y en particular en el Considerando 15º manifestaba *“que las operaciones de concentración entre empresas con cuotas de mercado limitadas no suponen un obstáculo para una competencia efectiva y pueden, por tanto, considerarse compatibles con el mercado común; que ello puede presumirse sin perjuicio de los artículos 85 y 86 del Tratado, en particular cuando la cuota de mercado de las empresas afectadas no supere el 25 por 100 ni en el mercado común ni en una parte sustancial del mismo”*. El Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas viene a sustituir al Reglamento (CEE) 1310/97 ya que como expresa su Exponiendo 6º *“El Reglamento (CEE) nº 4064/89 ha permitido desarrollar una política comunitaria en ese ámbito. No obstante a la luz de la experiencia adquirida, en estos momentos resulta oportuno refundir dicho Reglamento en un texto legislativo que responda a los retos de un mercado más integrado y de la futura ampliación de la Unión Europea”*. El Reglamento (CE) nº 802/2004 de la Comisión de 7 de abril de 2004 por el que se aplica el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones es modificado por el Reglamento (CE) nº 1033/2008 de la Comisión de 20 de octubre de 2008.

Igualmente, la detentación de una elevada cuota de mercado no constituye un criterio que por sí mismo permita entender la existencia de una posición dominante, pues ello dependerá a su vez de la capacidad de la empresa para mantener dicha cuota en el tiempo, y la aptitud de sus competidores para reducirla fácilmente.

En el ámbito eléctrico los supuestos de concentración que se han ido produciendo se enmarcan con carácter prácticamente exclusivo en el ámbito de las concentraciones horizontales, más escasamente en el de las verticales, entre otras razones, porque la técnica de la separación de actividades o “unbundling” constituye un paradigma, o cuando menos un presupuesto necesario en su ponderación, de la nueva regulación.

Por otra parte, el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, estableció diversas limitaciones a la participación en más de un operador principal en determinados sectores, entre los que se encuentran los de generación y distribución de energía eléctrica, así como la producción, transporte y distribución de hidrocarburos⁴⁵⁷.

⁴⁵⁷ “Artículo 34. Limitación a la participación en más de un operador principal.

Uno. Las personas físicas o jurídicas que, directa o indirectamente, participen en el capital o en los derechos de voto de dos o más sociedades que tengan la condición de operador principal en un mismo mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total, no podrán ejercer los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de dicho porcentaje en más de una entidad.

Ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los que se señalan en el número siguiente podrá ejercer los derechos de voto correspondientes a una cuota de participación superior al 3 por 100 del total en el capital o en otros valores que confieran derechos políticos de otra sociedad que tenga la misma condición en un mismo mercado o sector.

Ninguna persona física o jurídica podrá designar, directa o indirectamente, miembros de los órganos de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente.

Igualmente ninguna persona física o jurídica que tenga la condición de operador principal en un mercado o sector de entre los señalados en el número siguiente podrá designar directa o indirectamente miembros de los órganos de administración de sociedades que tengan la condición de operador principal en el mismo mercado o sector.

Las prohibiciones establecidas en este número no serán de aplicación cuando se trate de sociedades matrices que tengan la condición de operador principal respecto de sus sociedades dominadas en las que concurra la misma consideración, siempre que dicha estructura venga impuesta por el ordenamiento jurídico o sea consecuencia de una mera redistribución de valores o activos entre sociedades de un mismo grupo.

Dos. Los mercados o sectores a los que se refiere el número anterior son los siguientes:

3.2. Posiciones dominantes.

La prohibición del abuso de posición dominante (que contiene el art. 82),⁴⁵⁸ actúa *ope legis* y tiene además un carácter absoluto, a diferencia del artículo 81 (101 del actual TFUE), que admite excepciones a la prohibición, ya sean de carácter individual, ya sea por categorías.

Los Considerandos de las Directivas del sector eléctrico y del sector del gas natural han incidido en parecidos términos sobre este tema, refiriéndose a la protección que la regulación eléctrica debe prestar, a través de la aplicación del derecho de la competencia, a fin de evitar abusos de posición dominante o la fijación o mantenimiento de precios discriminatorios, o eventualmente, predatorios.⁴⁵⁹

-
- a) Generación, transporte y distribución de energía eléctrica.
 - b) Producción, transporte y distribución de hidrocarburos líquidos.
 - c) Producción, transporte y distribución de hidrocarburos gaseosos.
 - d) Telefonía portátil.
 - e) Telefonía fija.

Se entenderá por operador principal cualquiera que, teniendo la condición de operador de dichos mercados o sectores, ostente una de las cinco mayores cuotas del mercado o sector en cuestión.

El Gobierno podrá, mediante Real Decreto, modificar la relación de mercados o sectores contenida en el presente número”.

⁴⁵⁸ “Será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

- a) *imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;*
- b) *limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;*
- c) *aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;*
- d) *subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos”.*

⁴⁵⁹ Véase dentro de la jurisprudencia comunitaria el Asunto 27/76 United Brand Company and United Brand Continental BV v. Comisión de 1978 (Asunto sobre precios excesivos); o el Asunto 85/76 Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comisión (1979) (Asunto sobre precios discriminatorios: primas de fidelidad, descuentos, etc.); o el AKZO Chemie BV v. Comisión de 1993 (Asunto sobre precios predatorios).

Sobre conductas predatorias desarrolladas por una empresa que actúa en mercados regulados y liberalizados al mismo tiempo (multiutilities), cabe recordar la Decisión de la Comisión, Deutsche Post contra UBS, que fija doctrina sobre la imputación de costes cuando se utilizan infraestructuras comunes para desarrollo de actividades a tarifa y en competencia al mismo tiempo.

El Considerando 37 de la Directiva eléctrica 2003/54 pretendía ya establecer una previsión abierta de carácter general que diera cobertura interpretativa contra toda conducta de abuso de posición y precio predatorio, aunque los términos de su redacción sean excesivamente tibios manifestando más un deseo difícil de alcanzar o una voluntad a la que no siguen los instrumentos que permiten concretarla.

“Considerando que conviene evitar...” es el anhelo del legislador, en un propósito que debería quedar plenamente perfeccionado en sus instrumentos aplicativos ya que se trata de evitar *“todo abuso de posición dominante y todo comportamiento predatorio”* en un sector que articula su proceso de liberalización como una transición a la libre competencia y en el que su misión primigenia debería ser precisamente que quien ostenta una posición dominante no pueda ejercer la misma abusivamente a través de funciones o conductas muy diversas, pero en especial mediante el poder de mercado en la fijación de los precios de generación, el de negar la capacidad de acceso o las condiciones para el ejercicio de la distribución en términos de libre oferta.

El otro Considerando de dicha norma destinado a este tema se refiere más explícitamente a la forma de activar una conducta de abuso de posición y lo hace al tratar la separación contable señalando la exigencia de que ésta se haga con transparencia (condición que permite evaluar el alcance de las posteriores conductas) *“para detectar posibles abusos de posición dominante...”* para ejemplificar con dos de estos posibles abusos *“...las tarifas anormalmente altas o bajas”* o las *“prácticas discriminatorias relativas a transacciones equivalentes”*.⁴⁶⁰

⁴⁶⁰ El artículo 22 de la Directiva comunitaria configurado como cláusula de cierre del Capítulo VIII destinado a regular el acceso a la red, señala que:

Con el mismo objetivo se subraya que en la creación del ATR “*los Estados miembros deben velar para que las partes negocien de buena fe y por que ninguna de ellas abuse de su posición negociadora obstaculizando el buen término de las negociaciones*”, y –nosotros podríamos añadir– el funcionamiento competitivo del mercado eléctrico⁴⁶¹.

“Los Estados miembros crearán mecanismos adecuados y eficaces para la regulación, el control y la transparencia con el fin de evitar cualquier abuso de posición dominante en detrimento de los consumidores en particular, y de cualquier comportamiento predatorio. Dichos mecanismos tendrán en cuenta las disposiciones del Tratado y, en particular de su artículo 86”.

⁴⁶¹ En el Expediente C60/00 el TDC expresa la idea de que el resultado final del funcionamiento del mercado español dependerá de la existencia de empresas con **poder de mercado y de las tecnologías de producción de cada operador**, añadiendo un nuevo elemento que influye decisivamente en el resultado del mercado: **las estrategias seguidas por cada agente**.

Para medir el poder de mercado no utiliza el índice HH (Herfindahl-Hirschman) porque entiende que su aplicación a un producto que no es almacenable y donde la estrategia competitiva se produce más vía precios que vía cantidades hace que en este caso no sea muy representativo. Por tal motivo utiliza simulaciones del funcionamiento del mercado mayorista basadas en modelos diferentes: modelo oligopolístico de Cournot y el modelo de subastas.

- **Modelo oligopolístico de Cournot – Ejercicio de poder de mercado:** El objeto es medir el poder de mercado mediante una simulación directa de los márgenes precio-coste marginal, y compararlo con los precios resultantes de un modelo en competencia perfecta. Los resultados muestran el ejercicio de poder de mercado en el mercado mayorista para todos los períodos, hecho que podría explicarse por el reducido número de empresas que compiten en el mercado y por la asimetría de sus tamaños. En este estudio también se pone de manifiesto que las estrategias de producción de las empresas no son independientes de la composición de su parque de generación, y en especial, la tecnología que condiciona las diferencias estratégicas es la **generación hidráulica**. De hecho se concluye que cuanto menor es la cantidad de agua que posee una empresa mayores son los incentivos a colocarla en los períodos de mayor demanda para obtener el mayor margen sobre este tipo de generación.
- **Modelo de subastas – Estrategia de los agentes:** Los resultados de este modelo dependen de la estructura del mercado y de la demanda del sistema. Se emplea el concepto **demanda residual positiva**, se dice que una empresa se enfrenta a una demanda residual positiva cuando la demanda total del mercado menos la oferta de todos sus competidores resulta positiva, por lo tanto su producción o parte de ella resulta imprescindible para cubrir la demanda del mercado. Si no existe ninguna empresa con demanda residual positiva el resultado sería el que se obtiene en el modelo de oligopolio de competencia en precios o competencia de Bertrand, donde hay sólo un equilibrio en el que todos los oferentes realizan sus ofertas a un precio menor o igual que aquel que se corresponde con el coste marginal de la más eficiente.

Cuanto menor sea la capacidad excedentaria del sistema y mayor sea el tamaño de las empresas mayor será la probabilidad de que existan empresas con demandas residuales positivas (que se denominan *empresas pivote*). Cuando exista una única empresa con demanda residual positiva ofertará una cantidad tal que haga que se igualen su coste marginal y su ingreso marginal, mientras que las demás empresas se comportarán como precio-aceptantes (**es el caso de monopolio**). En esta situación hay un resultado de “equilibrio en estrategias puras único”, la empresa dominante oferta la capacidad total a un precio que maximiza sus beneficios y todas las demás empresas ofertarán precios inferiores y tales que desincentiven a la empresa dominante a ofertar un precio menor. El resultado es que las empresas pequeñas colocan toda su producción al mayor precio posible y la empresa con demanda residual positiva coloca una oferta en precio y cantidad que iguala sus ingresos marginales a sus costes marginales.

El TDC perfiló el término de **posición de dominio** a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia de comportamiento. Según esto *“la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto”*. Es decir, se dice de *“un operador económico que disfruta de una posición de dominio en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar, modificando en su provecho el precio u otra característica del producto, sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, sus proveedores o sus clientes”*. (Expte. 441/98, Electra Avellana).

Como ha señalado la CNE, el tamaño relativo de las empresas incide sobre los incentivos que tienen éstas para competir. El tamaño relativo de una empresa se define por comparación entre su tamaño y el del resto de las empresas. La cuota de mercado, por ejemplo, es una medida de tamaño relativo.

En términos generales, los incentivos a competir son mayores si cinco empresas tienen cada una de ellas el 20% del mercado que si una de ellas tiene el 96% y cada una de las restantes tiene el 1%. El índice de concentración Herfindahl–Hirschman (HHI) tiene en cuenta estas situaciones. En la práctica, es una fórmula habitualmente utilizada en el análisis de las fusiones horizontales de empresas. Básicamente, y suponiendo elevadas barreras de entrada y de salida, se supone que una fusión tiene un efecto negativo sobre el funcionamiento del mercado si después de la fusión el índice HHI excede un valor crítico considerado por la autoridad reguladora como aceptable para el desarrollo de la competencia efectiva.

Cuando existan dos empresas con demanda residual positiva estamos ante un **duopolio**, y las empresas preferirán ofertar toda su capacidad a un precio bajo y que sea su competidor el que fije el precio que cubre la demanda residual con un precio alto, generándose un *problema de coordinación de estrategias*, que no tiene una solución única. Entre las posibles soluciones se pueden señalar: 1) que las empresas se coordinen en sus “equilibrios de estrategias puros” coordinándose para ofertar un precio y unas cantidades que maximicen el beneficio conjunto; 2) que se produzca un “equilibrio de estrategias mixtas” en el que las empresas se comportan de forma aleatoria en un intervalo de precios de oferta siendo el precio de equilibrio inferior al que maximiza el beneficio conjunto.

La principal ventaja de usar estos índices de concentración es que son fáciles de calcular, ya que basta con conocer la distribución de las cuotas de mercado de las empresas en el mercado relevante. No obstante, la información que proporciona el índice HHI como herramienta de política antitrust es parcial e indirecta.⁴⁶²

La Comisión Europea ha afirmado que las empresas se ven sometidas a tres fuentes principales de presión en los asuntos de competencia: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y competencia potencial⁴⁶³. Desde una perspectiva económica, para la definición de mercado de referencia, la sustituibilidad de la demanda es el medio más inmediato y eficaz de restringir el comportamiento de los suministradores de un determinado producto, especialmente por lo que se refiere a sus decisiones en materia de fijación de precios.

El análisis de la sustituibilidad de la demanda implica, a juicio de la Comisión, la determinación de la serie de productos que el consumidor considera sustitutivos.

Cuando la autoridad comunitaria analiza una operación que puede dar lugar a una posición dominante colectiva debe determinar –mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia- si la creación o el refuerzo de tal posición, de resultados de la cual se

⁴⁶² Dado que estos índices de concentración son utilizados para evaluar cambios en la estructura de un mercado, cabe preguntarse qué miden. En resumen, además de ser un índice arbitrario que agrega de forma cuadrática cuotas de mercado, tiene, bajo ciertos supuestos (competencia de las empresas a la Cournot, costes marginales constantes y producto homogéneo), entre otras, las siguientes interpretaciones:

- Es una medida aproximada de la distancia a los beneficios de competencia perfecta ($HHI=0$) que se produce en el mercado. Es decir, el índice HHI es proporcional al *mark up* promedio que se produce en este mercado.
- Es un estimador del porcentaje de reducción del *output* con respecto al caso de competencia perfecta.
- Es una medida de la distribución del excedente entre empresas y consumidores.

En suma, cuanto mayor es el índice HHI, bajo los supuestos indicados anteriormente, mayor es la desviación entre la situación de competencia perfecta, tanto en términos de precios como de pérdida de *output*. Asimismo, cuanto mayor es el índice HHI, mayor es el reparto del excedente total a favor de las empresas respecto a los consumidores.

⁴⁶³ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

obstaculizaría de manera significativa y duradera la competencia efectiva existente en el mercado, sería la consecuencia directa e inmediata de la concentración. Si la competencia preexistente no se modifica de manera sustancial, debe autorizarse la operación⁴⁶⁴.

La aplicación del Reglamento Europeo de concentraciones a las posiciones dominantes colectivas ha sido una cuestión controvertida⁴⁶⁵, como se puso enseguida de manifiesto en Asuntos como Nestlé/Perrier⁴⁶⁶ y Kali + Salz/MDK.⁴⁶⁷

Sin resolver la cuestión sobre la aplicabilidad o no del Reglamento de control de concentraciones (lo cual fue tratado en el Asunto Nestlé/Perrier),⁴⁶⁸ la Comisión Europea consideró, a pesar de los argumentos antes referidos, que los precios habían bajado un 20% los últimos años y los clientes (empresas de servicio público) podían contrarrestar el poder de mercado mediante su poder de compra.

En otro Asunto, Henkel/Nobel⁴⁶⁹ se alcanzaba una cuota conjunta del 10/25% en dos mercados considerados, convirtiéndole en el segundo o tercer competidor más importante, y con un índice de concentración en cada uno de dichos mercados de 50% y 75%. Sin embargo, la Comisión Europea entendió que ello no obstaba a la competencia efectiva,

⁴⁶⁴ Ver Sentencia del TJCE, Asunto Air France/Comisión de 19 de mayo de 1994, Rec. p II-323; Gencor/Comisión de 25 de marzo de 1999, 102/96, Rec. p II-753; y más recientemente Airtours plc/Comisión, de 6 de junio de 2002.

⁴⁶⁵ Antes de la citada Decisión de la Comisión Europea en el Asunto Nestlé/Perrier, la Comisión Europea se pronunció en otros asuntos sobre la posición dominante colectiva. En el Asunto Alcatel/AEG Kabel, en el mercado de cables eléctricos en Alemania, la cuota de mercado de la entidad fusionada alcanzaba el 25% del mercado, con otros dos competidores de 13% y 10% y otro conjunto numeroso de pequeños competidores. La Comisión Europea rechazó el argumento del organismo alemán de defensa de la competencia consistente en que el índice de concentración de las tres empresas dominantes era superior al 50%, a su vez acompañado de otras circunstancias de la industria como la existencia de una demanda estancada, la homogeneidad de los productos y la existencia de una tecnología madura.

⁴⁶⁶ Nestlé/Perrier, Decisión de 22-7-1992, Asunto IV/M.190, DOCE 1992 L 365/1.

⁴⁶⁷ Kali + Salz/MDK/Treuhand, Decisión de 14-12-1993, Asunto IV/M.308, DOCE 1994 L 186.

⁴⁶⁸ La Comisión Europea se opuso a la fusión de las empresas Nestlé/Perrier, teniendo en cuenta que la entidad fusionada habría alcanzado una cuota de mercado similar a la del otro competidor, BSN, en los mercados relevantes, el mercado de agua mineral embotellada en Francia, creándose una situación de duopolio acompañada de una serie de características de la industria.

⁴⁶⁹ Asunto IV/M.186 (23 de marzo de 1992).

teniendo en cuenta la influencia competitiva de productos sustitutivos, la fuerza de otras empresas competidoras a pesar de sus reducidas cuotas de mercado y la elevación del índice de concentración de la demanda⁴⁷⁰.

La Comisión Europea tuvo en cuenta, entre otras cuestiones, la situación de ausencia de competencia con anterioridad a la fusión, la existencia ya con anterioridad de una práctica de paralelismo de precios, los altos márgenes de los líderes en el mercado respecto a las empresas locales, la homogeneidad de los productos combinado con los mecanismos de intercambio de información en el marco de asociaciones empresariales, así como una serie de características comunes de Nestlé y su competidor, BSN, en relación con los costes de producción, la capacidad de producción, y cuotas de mercado similares.

Todas estas circunstancias facilitaban, a juicio de la Comisión Europea, la colusión entre los dos competidores líderes en el mercado, refiriéndose igualmente a la imposibilidad de los pequeños competidores para afrontar la competencia e impedir dicha colusión, dado que no disponían de poder suficiente para ello.

La doctrina de la Comisión Europea se ha manifestado primordialmente respecto a los duopolios. En este sentido, cabe señalar que las Decisiones de la Comisión Europea en las que ha analizado la posición dominante colectiva detentada por grupos de tres empresas son escasas, habiendo en general procedido a su autorización en la primera fase de análisis.⁴⁷¹

En AKZO/Nobel Industrier⁴⁷², fue aprobada la fusión en la primera fase a pesar de que la concentración eliminaba a una empresa agresiva en el mercado y el grado de concentración de la oferta de las tres empresas que quedaban en el mismo alcanzaba el nivel del 90%, todo ello con base en la consideración de la Comisión Europea de la no probabilidad de comportamientos paralelos estables.

⁴⁷⁰ Ver igualmente el Asunto Thorn EMI/Virgin Music (Asunto IV/M.202, 27 de abril de 1992).

⁴⁷¹ En el Asunto Mercedes-Benz/Käsbohrer, Asunto IV/M.477 (Decisión de 14 de febrero de 1995) OJ L 211/1, la concentración fue analizada en la segunda fase, siendo aprobada a pesar del alto nivel de concentración de las tres empresas líderes en el mercado y la existencia de vínculos económicos entre los competidores, debido a la heterogeneidad de los productos.

⁴⁷² Asunto IV/M.390 (10 de enero de 1994).

En general, cabe estimar que un nivel de concentración muy elevado (por ejemplo, el 80%) de tres empresas en el mercado desencadenará al menos un mínimo análisis por parte de la Comisión Europea de la posibilidad de existencia de comportamientos oligopolísticos.

Un criterio de importancia en este análisis es el incremento del grado de concentración de la oferta como consecuencia de la fusión, habiéndose descartado, precisamente en un asunto relativo a un grupo de tres empresas⁴⁷³, la posibilidad de que la operación planteara problemas de posición dominante colectiva al producirse un aumento de la cuota de mercado a resultas de la fusión de sólo un 1,6%.

En otros casos se han seguido otros criterios por parte de las autoridades comunitarias. Así, en el caso de estimar, que un aumento de la cuota del mercado del 10% es suficiente para plantearse si la concentración plantea problemas, si bien en general debe señalarse que cuanto mayor sea el grado de concentración del mercado, mayor será la importancia de los pequeños competidores para el mantenimiento de la competencia efectiva.

En definitiva, debe recalcar que la Comisión Europea no ha establecido criterios claros por los cuales pueda entenderse que determinadas operaciones puedan considerarse “*de minimis*”.

A este respecto, hay que recordar la doctrina estadounidense de las llamadas empresas “*maverick*” o empresas destacadas por su agresividad en su política de precios o estrategias de producción, y cuya eliminación mediante una fusión, puede aumentar el riesgo de coordinación más allá de lo que cabría esperar de la mera suma de la cuota de mercado de la misma. A este respecto cabe señalar la política estadounidense plasmada en sus “Merger Guidelines”, y en el ámbito comunitario europeo, la Decisión Gencor/Lonrho, en la cual fue prohibida la concentración teniendo en cuenta entre otros factores, la estrategia de precios bajos de la empresa adquirida.⁴⁷⁴

⁴⁷³ Asunto Mercedes Benz/Kassbohrer, Asunto IV/M.477 (14 de febrero de 1995).

⁴⁷⁴ También cabe citar, desde otro ángulo de apreciación, la Decisión AKZO/Nobel Industrier en la que la Comisión Europea aprobó una concentración en la primera fase de análisis a pesar de que la operación

Otro criterio de importancia en este análisis, y no exento de polémica, es la necesidad o no de la existencia de vínculos entre las empresas para que pueda estimarse la existencia de posición dominante colectiva. En el caso Tetra Park⁴⁷⁵ se profundiza en el análisis de los mercados “colaterales”, “próximos”, “vecinos”, “relacionados” o vinculados. A este respecto el hecho determinante y verdadero nexo causal debe ser la intensidad en la relación entre mercados conexos o vecinos, y a partir de tal constatación extrapolar los efectos que se derivarían del ejercicio por un operador de una posición de dominio en el mercado precedente o vinculado, si esta situación se acredita se podría entender que dicha empresa se encuentra en una situación comparable —especialmente en materia de discriminación de acceso o precios— a como si tuviera una posición de dominio en ambos mercados en su conjunto.

Otros supuestos de posición dominante colectiva son el reparto de mercado o las fuentes de aprovisionamiento o la manifestación del poder del mercado en el mercado mayorista.

Es interesante asimismo analizar, como apunta Eduardo Salinas, el alcance de la Decisión de la Comisión Europea en el Asunto Grupo Villar Mir / EnBW / Hidroeléctrica del Cantábrico⁴⁷⁶.

La operación analizada en el caso Grupo Villar Mir / EnBW / Hidroeléctrica del Cantábrico consistía en la adquisición del control conjunto de Hidrocantábrico por parte del Grupo Villar Mir y EnBW mediante la entrada de EnBW en Ferroatlántica (con el 50% de las acciones), vehículo para la adquisición del control. Como resultado de la OPA de Ferroatlántica sobre Hidrocantábrico, la primera adquiere aproximadamente el 60% del

eliminaba a una empresa “*maverick*” que constituía el único competidor independiente, aunque el grado de concentración del mercado tras la fusión era del 90%.

⁴⁷⁵ Ver Tetra Park International v. Comisión de las Comunidades Europeas, Asunto T-83/91 (1994). Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994.

⁴⁷⁶ Decisión de la Comisión Europea de 26 de septiembre de 2001.

capital social, con lo que EnBW adquiere el control (compartido) de Hidrocantábrico, y a su vez, EnBW está controlada conjuntamente por EDF y la empresa eléctrica alemana OEW.

Los mercados de ámbito inferior al nacional todavía pueden existir, aun después de la supresión de los monopolios regionales. En 2002, se decidió en ENBW/ENI/GVS (Diciembre de 2002) que el mercado alemán de "corta distancia" (o regional) al por mayor de gas era aún limitado a las zonas regionales correspondientes a los antiguos monopolios en manos de los distribuidores regionales antes de la liberalización. Esto se debió a que los mayores clientes industriales y los servicios públicos de propiedad municipal, seguían estando suministrados por los operadores mayoristas de gas, aún activos en dicha área regional, en el que actuaban ya antes de la liberalización. Además, los clientes no consideraron el uso de los mercados spot una fuente viable de suministro alternativa, por entender que fuentes de este tipo sólo podrían ser utilizadas para pequeños volúmenes de contratos de entrega a corto plazo. En este sentido, los servicios públicos de propiedad municipal, demostraron ser poco consistentes en la gestión de compra spot de forma continua para garantizar el suministro de gas de forma permanente.

En distintas decisiones relativas a Bélgica, GDF /Suez (Noviembre de 2006), la Comisión de forma similar a la apuntada con anterioridad, consideró como elemento delimitador de que no existían mercados de tamaño inferior al nacional, el hecho de que (i) la mayoría de las regulaciones relevantes, incluyendo acceso de terceros a red, era regulado a nivel nacional, y que (ii) como resultado de las condiciones nacionales de competencia homogéneas, los precios eran determinados al nivel nacional y, por tanto, para el conjunto del país. La existencia de ciertas especificidades regulatorias en la región de Bruselas, incluyendo una diferencia temporal en la apertura del mercado en la región, contradecía parcialmente lo anterior ya que era, sin embargo, un indicador de que los mercados regionales podían, eventualmente, existir.

Una referencia a los efectos integradores de la apertura de mercado para los clientes domésticos fue también ponderada en E.ON/Mol (Diciembre de 2005). La existencia de distintas redes para gas de alto valor calorífico (HCV) y bajo valor calorífico (LCV) puede también llevar a una definición de mercado regional de suministro de gas. En las anteriormente citadas decisiones sobre Bélgica, se valoró que las regiones de Bruselas y

Flamenca podían constituir mercados diferenciados ya que exclusiva y predominantemente gas de tipo LCV era suministrado en esas regiones.

El 17 de enero de 2006, la Oficina Federal de Cárteles Alemana (FCO) prohibió los acuerdos de suministro a largo plazo celebrados por EON-Ruhgas con los distribuidores de gas regional y local. La autoridad señaló que el acceso al mercado alemán de suministro de gas a los distribuidores fue difícil como consecuencia de las redes de esos acuerdos. En primer lugar, en el área de servicios de la red por E.ON 's, el 70% fueron obligados a comprar exclusivamente a esta empresa y un 6% adicional se consolidaron mediante la compra de las obligaciones que cubren más del 80% de sus necesidades.

3.3. La posición de la CNC sobre abuso de posición dominante, competencia desleal y prácticas restrictivas en el sector eléctrico.-

Entendemos que es preciso, al mismo tiempo, conocer el alcance de las posiciones adoptadas por la Comisión Nacional de la Competencia española sobre los asuntos planteados ante dicho órgano, fundamentalmente enmarcados en casos de abuso de posición dominante y en la esfera de la distribución eléctrica, o con relación a determinadas obligaciones de información o posición de empresas y/o usuarios, derivadas de la misma. La casuística que se ofrece es variada, abordándose tanto casos de autorización de concentraciones de empresas, como supuestos de poder de mercado en la operativa mayorista, o restricciones o abusos de posición en el mercado minorista al no transferir bases de clientes que faciliten un level playing field, desde el lado de la oferta minorista.

1) Sobre potencial abuso de posición de dominio en el sector eléctrico (Expte. VS/552/02 Empresas Eléctricas). 10 de Mayo de 2010.

La resolución que, en síntesis describiremos, tiene incidencia en el artículo 41 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, (LDC) y el 42 del R.D.261/08, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

Estos artículos versan sobre la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones, resoluciones y acuerdos cuya facultad para llevarla a cabo corresponde a la Comisión Nacional de la Competencia.

a) Resumen de los Hechos.

Endesa Generación S., Iberdola Generación S.A. y Unión Fenosa Generación S.A. fueron declaradas autoras y responsables de una infracción del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en abusar de su posición de dominio en los mercados de suministro eléctrico, en un contexto de restricciones técnicas, de las zonas de Cataluña y Andalucía, durante los días 19, 20 y 21 de noviembre de 2001, mediante la presentación de ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables revelados, con objeto de que fueran excluidas del proceso de casación del mercado diario, y sabiendo que su oferta sería, en todo caso, necesaria para satisfacer la demanda en el mercado ulterior de suministro eléctrico para resolver restricciones técnicas.

b) Fundamentos de Derecho.

La LDC en su artículo 41.1 dispone que *“la CNC, en los términos que se disponga reglamentariamente, vigilará la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones previstas en la norma, tanto en materia de conductas restrictivas como de medidas cautelares y de control de concentraciones”*.

El Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/08, de 22 de febrero, establece en su artículo 42 el procedimiento a aplicar a las vigilancias del cumplimiento de las obligaciones y resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia, siendo el Consejo, previa propuesta de la Dirección de Investigación, el que debe resolver sobre el cumplimiento o incumplimiento y en su caso sobre la finalización de la vigilancia.

El Consejo considera que procede dar por finalizada la vigilancia del cumplimiento de la precitada Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004.

c) Resolución y conclusiones.

La CNC procede a declarar finalizada la vigilancia de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de julio de 2004 (expte. 552/02, Empresas Eléctricas), por falta de objeto.

Se trata de un caso donde el Sector Eléctrico y el Derecho de la Competencia entran en contacto, a raíz de un abuso de posición de dominio por parte de la empresas citadas anteriormente, mediante la presentación de ofertas a precios sustancialmente superiores a sus costes variables revelados, con objeto de que fueran excluidas del proceso de casación del mercado diario, y sabiendo que su oferta sería, en todo caso, necesaria para satisfacer la demanda en el mercado ulterior de suministro eléctrico para resolver restricciones técnicas.

En este sentido entra en juego el artículo 41.1 de la LDC, ya que la Comisión Nacional de la Competencia tiene que hacer que el contenido de la LDC sea cumplido y por ello, al infringir estas empresas uno de sus preceptos la CNC debe intervenir.

El abuso de posición dominante, que llevan a cabo dichas empresas, es junto a las conductas colusorias y falseamiento de la libre competencia por actos desleales una de las prácticas prohibidas que recoge la LDC.

“1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- a. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.*
- b. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.*
- c. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.*
- d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.”

Por ello lo que se prohíbe no es que exista una empresa que ostente un dominio sobre las demás en un determinado mercado, ya que el hecho de que una empresa sea superior a otras no va en contra del objeto de esta Ley, que es el perjudicar la competencia de las empresas en los mercados. Lo que se prohíbe es hacer un abuso de esa posición de dominio y aprovecharse de esa situación, pudiendo de esta forma manejar el mercado y eliminar la competencia con prácticas como las del presente caso.

En materia de Sector Eléctrico, nos encontramos ante un mercado donde son varias las empresas que ejercen el dominio del mercado. Se trata de un mercado constituido a partir de varias empresas, donde la función de la CNC es difícil, ya que debe mantener en el mismo la competencia y que las empresas con mayor cuota de mercado, como las citadas con anterioridad, no abusen del dominio que ostentan.

2) Sobre prácticas restrictivas de la competencia en el sector eléctrico (Expte. S/0227/10 ATR ENDESA). 28 de mayo de 2010.

a) Resumen de los Hechos.

Posible vulneración, por parte de ENDESA DISTRIBUCIÓN, de la normativa sobre competencia, señalando la posible infracción de los artículos 2.2.e y 3 de la y los artículos 5, 8, 15 y 16 de la Ley 3/1991 de Competencia Desleal en tanto esta práctica pudiese consistir en aprovechar la situación de dependencia económica de las empresas integradas en la Asociación denunciante, Asociación de Promotores y Productores de Energías Renovables de Andalucía (APREAN).

A partir de la información facilitada por la CNE y de la requerida a Endesa Distribución, la Dirección de Investigación ha realizado el siguiente análisis sobre las supuestas conductas y su compatibilidad con los artículos 2 y 3 de la norma, que son lo que en opinión de la CNE serían susceptibles de vulnerarse en este caso.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la LDC, la Dirección de Investigación propone la no incoación del procedimiento sancionador, así como el archivo de las actuaciones por considerar que no hay indicios de infracción de la Ley.

b) Fundamentos de Derecho.

El número 3 del artículo 49 de la LDC dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC.

El Consejo de la CNC considera que la propuesta de la Dirección de Investigación analiza correctamente los hechos y plantea una adecuada valoración jurídica de los mismos, por lo que, estando de acuerdo en que no hay indicios de infracción, ha decidido la no incoación de expediente y el archivo de las actuaciones conforme a lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007.

c) Resolución y conclusiones.

Se determina no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación contra Endesa Distribución Eléctrica S.L.U por supuestas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a los artículos 2 y 3 de la LDC, por considerar que en los hechos que se denuncian no se aprecian indicios de infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Al igual que en el anterior caso entran en juego por un lado las practicas prohibidas en los tres primeros artículo de la Ley, y por otro lado otra de las facultades de la CNC, que en este caso es no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley.

Se ve claramente que los tres primeros artículos son la base y la finalidad de dicha Ley y que los mismos se van complementando con el resto de los artículos, que suelen ser facultades de la CNC para evitar que no se lleven a cabo estas prácticas prohibidas que alterarían la competencia de los mercados.

**3) Sobre competencia desleal en el sector (Expte. S/284/10 Distribución BIAR).
24 de mayo de 2011.**

a) Hechos.

Denuncia presentada por la Federación de Empresarios del Metal de la Provincia de Alicante (FEMPA), contra Energías Eléctricas de Biar, S.L., Nexus Energía, S.A. y Eléctrica Nuestra Señora de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana.

La denunciante entiende que se remitieron circulares a los clientes de Eléctrica Nuestra Sra. de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana, ofreciéndoles una oferta de NEXUS ENERGIA, S.A. (sociedad del mismo grupo de empresas, como reconoce la misma comunicación), todo ello con el objetivo de asegurarse, como empresa instaladora electricista, una amplia cartera de clientes, fundamentada en la base de datos de Eléctrica Nuestra Sra. de Gracia, Sociedad Cooperativa Valenciana.

La denunciante concluye que los hechos denunciados son conductas que pueden calificarse de competencia desleal, al violarse los artículos 5, 6, 12 y 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) y solicita que *“se tomen las medidas pertinentes para la cesación de las prácticas prohibidas”*

b) Fundamentos de Derecho.

Dada la naturaleza de los hechos investigados y las características de los mercados relacionados en los que se habrían producido, o en los que podrían incidir: a) el mercado de distribución de electricidad; b) el mercado de suministro minorista de electricidad, y c) el mercado de instalaciones eléctricas de ejecución no reservada a la distribuidora, era conveniente analizar si en las conductas denunciadas había indicios de infracción de los artículos 1 y/o 2 de la LDC, por tratarse de actuaciones dirigidas a favorecer a sus filiales y participadas, obstaculizando la captación de clientes en la red de la DISTRIBUIDORA por parte de terceros operadores en el momento de la liberalización del mercado a partir del 1 de julio de 2008. ha hecho que la DI considerara que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.1 de la citada Ley 1/2002, la autoridad competente para conocer del caso es la CNC.

c) Resolución y Conclusiones.

La CNC resuelve **no incoar procedimiento sancionador** y archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación en el expediente S-248/10 Distribución BIAR, por no apreciar en la conducta denunciada indicios de infracción de la LDC.

Teniendo en cuenta que en las conductas denunciadas no se aprecian indicios de infracción de los artículos 1, 2 o 3 de la LDC, que aconsejen continuar la tramitación del expediente, el Consejo considera que, de acuerdo con lo previsto en el punto 3 del artículo 49 de la LDC, procede archivar las actuaciones llevadas a cabo hasta este momento.

Se vuelve a tratar de un caso donde vuelven aparecer en juego las conductas señaladas por la Ley como prohibidas, pero con la peculiaridad de que en este caso se alega la posible infracción de falseamiento de la libre competencia por actos desleales, y que debido a las circunstancias del caso, puede tratarse de actuaciones dirigidas a favorecer a sus filiales y participadas y también se estudió si se habían incumpliendo lo dispuesto en los artículos 1 y 2, referentes a prácticas colusorias y abuso de posición dominante.

También entra en juego una facultad de la CNC, en este caso la que dispone el artículo 49.3 de la LDC de no incoar los expedientes sancionadores ya mencionada con anterioridad.

4) Sobre Control de concentraciones (Expte. C-0264/10, DIELCIDE/ELECTROMOLINERA-CAMPOSUR). 22 de septiembre de 2010.

Se trata de una adquisición por parte de DIELCIDE S.L. del control exclusivo de ELECTRO MOLINERA DE VAL MADRIGAL S.L. y ELÉCTRICA CAMPOSUR S.L., a través de un acuerdo de compraventa de acciones firmado el 22 de junio de 2010 (Expte. C/0264/10), y estando de acuerdo con el informe y la propuesta remitidos por la Dirección de Investigación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha resuelto, en aplicación del artículo 57.2.a) de la LDC, autorizar la citada operación de concentración en primera fase.

a) Aplicabilidad de la ley 15/2007 de defensa de la competencia.

La operación es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC (adquisición control).

La operación no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. En concreto, los volúmenes de negocio de ambas entidades son muy inferiores a los límites establecidos.

La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1 a) de la misma (cuota de mercado) y cumple los requisitos previstos el artículo 56.1 a) de la mencionada norma (no solapamiento).

La Dirección de Investigación considera que la presente concentración no supone una amenaza para la competencia efectiva en los mercados, dado que no hay solapamiento entre las partes, ya que los mercados de distribución tienen dimensión local y las adquiridas y la adquiriente operan en distintas Comunidades Autónomas. Se trata, pues, de un cambio de

titularidad de las redes en determinados municipios entre empresas con unas cuotas de mercado muy bajas a nivel autonómico y provincial. Si bien como resultado de la operación se reduce el número de competidores, el impacto es mínimo, ya que las cuotas de las partes son muy reducidas. En cualquier caso, dado que la distribución de electricidad se configura como un monopolio natural, la competencia efectiva se reduce prácticamente a los nuevos municipios, donde se concede preferencia a la empresa distribuidora de la zona.

En el mismo sentido se pronuncia la CNE en su informe, donde concluye que la operación *“no dará lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejercicio de la competencia efectiva, ya que no se produce en absoluto un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución de energía eléctrica, ni en ninguna otra actividad relacionada.*

Asimismo, no se aprecia ningún impacto sobre la competencia referencial desde el punto de vista regulatorio y en la competencia para la adjudicación de nuevas autorizaciones administrativas de distribución eléctrica.”

b) Resolución y conclusiones.

La CNC propone en atención a todo lo anterior y en virtud del artículo 57.1 de la LDC se propone autorizar la concentración, en aplicación del artículo 57.2.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Se trata de un caso distinto a los dos estudiados con anterioridad.

La materia es distinta, ya que nos encontramos ante una operación de concentración, pero la relación entre los distintos artículos de la Ley es la misma, por una lado nos encontramos con una supuesta conducta llevada a cabo por unas empresas que puede ir en contra de lo establecido en la Ley y por ello en contra de la competencia de los mercados y por otro lado se trata de ponderar la potencialidad de uno de los preceptos clave de la ley, en orden a conceder facultades a la Autoridad de Competencia, a la CNC.

En primer lugar, los artículos que entran en juego son el 7 y siguientes de la LDC, ya que nos encontramos ante una concentración económica, que es una actividad que a diferencia de las anteriores no se encuentra prohibida con carácter general, pero que debe cumplir unos determinados requisitos, ya que de no ser así dicha concentración se puede entender que puede afectar a la competencia.

No entra en juego el procedimiento de control en este caso, al no darse en la operación los requisitos recogidos en el artículo 8 de la LDC.

Por otro lado el artículo 57 de la LDC faculta a la CNC para la instrucción y la resolución de la primera fase del procedimiento de la concentración económica.

5) RESOLUCIÓN (Expte. C-0268/10, REE/ACTIVOS TRANSPORTE UNIÓN FENOSA). 29 de septiembre de 2010.

Se trata de una concentración económica donde entran en juego los mismos artículos que los citados para la sentencia anterior.

a) Resumen de los Hechos.

Se trata de una adquisición por Red Eléctrica de España, S.A.U.) de activos de transporte de energía eléctrica de Unión Fenosa Distribución, S.A.U.

Dicha notificación ha sido realizada por REE según lo establecido en el artículo 9 de la LDC por superar el umbral establecido en la letra a) de su artículo 8.1. A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

El artículo 57.2.c) de la LDC establece que la CNC dictará resolución en primera fase, en la que podrá acordar iniciar la segunda fase del procedimiento cuando considere que la concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional.

Asimismo, el artículo 38.2 de la LDC añade: *“El transcurso del plazo máximo establecido en el artículo 36.2.a) de esta Ley para la resolución en primera fase de control de concentraciones determinará la estimación de la correspondiente solicitud por silencio administrativo, salvo en los casos previstos en los artículos 9.5, 55.5 y 57.2.d) de la presente Ley”*.

Con fecha 16 de agosto de 2010, esta Dirección de Investigación solicitó a la CNE el informe previsto en el artículo 17.2.c) de la LDC, en relación con el expediente de referencia. Dicho informe tuvo entrada en la CNC el 17 de septiembre de 2010.

b) Aplicabilidad de la ley 15/2007 de defensa de la competencia.

De acuerdo con la notificante, la operación no entra en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

La operación notificada cumple, sin embargo, los requisitos previstos por la LDC para su notificación, al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1 a) de la misma (cuota de mercado).

c) Resolución y conclusiones.

La CNC propone **autorizar la concentración**, en aplicación del artículo 57.2.a) de la LDC.

Se trata de una operación de concentración, pero en este caso sí que se supera el umbral establecido en la letra a) de su artículo 8.1. A esta operación le es de aplicación lo previsto en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

En dicho artículo se establece que *“El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:*

- a. *Que como consecuencia de la concentración se adquiriera o se incremente una cuota igual o superior al 30 % del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.*

Quedan exentas del procedimiento de control todas aquéllas concentraciones económicas en las que, aun cumpliendo lo establecido en ésta letra a), el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 % en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

- b. *Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros.”*

La operación de concentración consiste en la adquisición, por parte de REE, de activos de transporte de energía eléctrica de UNIÓN FENOSA, en concreto, de [...] kilómetros de líneas de 220 kV. La adquisición incluye los terrenos y edificios en los que se encuentran ubicados, así como cualquier otro activo o derecho complementario o accesorio a los mismos que sea necesario para su plena explotación y funcionamiento, así como los activos pendientes de acta de puesta en disposición.

UNIÓN FENOSA no transmite la totalidad de sus activos de transporte, ya que ha obtenido las autorizaciones pertinentes, en virtud de la previsión contenida en el párrafo tercero del artículo 35.2 de la Ley del Sector Eléctrico, para seguir siendo titular de algunos activos de 220 kV tras la operación propuesta.

La operación responde a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Novena de la Ley 17/2007, de 4 de julio, donde se establece que “*las empresas que a la entrada en vigor de la presente Ley sean titulares de instalaciones de transporte, deberán transmitir dichas instalaciones a Red Eléctrica de España, S.A., como gestor de la red de transporte y*

transportista único, en el plazo máximo de tres años desde la entrada en vigor2 de la presente Ley.”

La operación se articula mediante un Contrato de Compraventa , tratándose de una concentración económica conforme a lo dispuesto en el artículo 7.1.b) de la LDC (adquisición control). Por ello se trata de un caso similar al comentado anteriormente, pero cuyo alcance es mayor, ya que la concentración supera los umbrales de artículo 8 de la LDC, por lo que se debe aplicar el procedimiento de control previsto en la Ley.

6) RESOLUCIÓN (Expte. C-0278/10, ENEL/EUFER). 19 de octubre de 2010.

Supuesto de concentración de empresas.

a) Resumen de los Hechos.

Adquisición por parte de ENEL GREEN POWES ESPAÑA S.L. del control exclusivo sobre ENEL UNIÓN FENOSA RENOVABLES S.A., sobre la cual ya ostenta el control conjunto, compartido con Gas Natural SDG S.A., a través de un acuerdo de separación empresarial y reparto de activos.

b) Aplicabilidad de la ley 15/2007 de defensa de la competencia.

La operación notificada es una concentración económica en el sentido del artículo 7.1 b) de la LDC (adquisición de control).

La operación no es de dimensión comunitaria, ya que no alcanza los umbrales establecidos en los apartados 2 y 3 del artículo 1 del Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

La operación notificada cumple los requisitos previstos por la LDC al superarse el umbral establecido en el artículo 8.1 a) y b) de la misma y cumple los requisitos previstos el artículo 56.1 c) (paso de control conjunto a control exclusivo) de la mencionada norma.

c) Resolución y conclusiones.

Se trata de otro caso de una operación de concentración, en la cual se vuelve a aplicar el procedimiento de control establecido en la Ley, al superar los umbrales regulados en el artículo 8.

La CNC propone **autorizar la concentración**, en aplicación del artículo 57.2.a) de la LDC.

Considera que la presente concentración no supone una amenaza para la competencia efectiva en los mercados, ya que se trata del paso de un control conjunto sobre EUFER a una situación de control exclusivo sobre dicha sociedad, que además tendrá una cartera de activos más reducida al transferirse una parte de los mismos a GAS NATURAL FENOSA. La operación supondrá, además, la desaparición del vínculo que existía entre dos competidores en los mercados energéticos (ENEL y GAS NATURAL FENOSA).

4. SERVICIOS ECONÓMICOS DE INTERÉS GENERAL EN EL DERECHO ENERGÉTICO.

El término “*servicios de interés general*” no se encuentra definido en el Tratado de la Unión Europea, ni en el precedente Derecho originario, pero en la práctica comunitaria ha sido comúnmente entendido como aquellas actividades comerciales o no, consideradas relevantes por parte de las autoridades públicas, lo que justifica su sujeción a obligaciones específicas de servicio público.

Dentro de dicho concepto, en una clasificación doctrinal comúnmente aceptada y derivada de los aspectos abordados en el capítulo primero de este estudio al tratar de la evolución del estado de Bienestar y los fundamentos de la regulación pública, encontramos **servicios no económicos** como la educación, la salud, la seguridad, y la justicia, así como los **servicios de interés económico general**⁴⁷⁷, entendidos como aquellos con ánimo

⁴⁷⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 21.05.2003. - Libro Verde sobre los Servicios de Interés General Pg. 7: “La expresión «servicios de interés económico general», utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin

comercial pero que revisten un especial interés público o general, como la energía, el transporte, los servicios de correos y las telecomunicaciones, ya que tratan de normativizar y supervisar el funcionamiento de bienes esenciales para los ciudadanos, cualquiera que sea la forma de prestación y provisión de los mismos.

La diferencia fundamental entre los servicios no económicos y los económicos radica en que estos últimos son prestados o cabe que lo sean, con fines comerciales, en condiciones de mercado y por lo tanto se encuentran especialmente sujetos a las normas de competencia. Los servicios de interés económico general se encuentran mencionados en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado sin que en ninguna parte se incluya una definición de los mismos, como tampoco nunca se previó una definición de los servicios públicos en el TUE, únicamente mencionado, con carácter incidental, en la regulación que este texto hace al abordar la política común del transporte.

La interpretación del antiguo artículo 90 del Tratado de Roma ha sido objeto de muy distintas apreciaciones, y su complejidad se manifiesta precisamente en primer término por la propia posición que su regulación adopta en el marco del Tratado.

En primer lugar pudiera entenderse que se corresponde con una disposición que se dirige únicamente a las empresas y que actúa exclusivamente dentro de ese perímetro y contenido, dado que su incardinación se corresponde con la sección que tiene por título “Disposiciones aplicables a las empresas”, y en ese sentido habría distintos tipos de empresas a las que sería aplicable este precepto: las empresas públicas; las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, que pueden ser tanto empresas de naturaleza pública o privada; las empresas también de indistinta naturaleza jurídica pero que estén encargadas de la gestión de servicios de interés económico y general; y las empresas que gestionan monopolios fiscales.

embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. Por consiguiente, entran dentro de este concepto ciertos servicios prestados por las grandes industrias de redes, como el transporte, los servicios postales, la energía y las comunicaciones. Sin embargo, esta expresión abarca igualmente otras actividades económicas sometidas también a obligaciones de servicio público.”

La estructura normativa del Tratado establece claramente con relación a las normas de competencia que de una parte nos encontramos con reglas dirigidas a las compañías, a las sociedades (antiguos artículos 85 y 90) y de otra, las reglas dirigidas a los Estados especialmente en lo que corresponde al grupo normativo dirigido a regular las ayudas de Estado.

La razón por la cual el artículo 81.1 del Tratado se incorpora o se incardina dentro de las disposiciones relativas al derecho a la competencia ha sido estudiada por la jurisprudencia comunitaria ya desde comienzos de los años ochenta⁴⁷⁸.

Como veremos ulteriormente en lo que hace referencia al régimen jurídico del sector eléctrico es fundamentalmente la propiedad de los derechos especiales o exclusivos y no la forma jurídica de las empresas, es decir, que estas sean públicas o privadas, lo que caracteriza a las empresas de este sector. La especialidad o exclusividad de estos derechos esta determinada en función de características técnicas y económicas del suministro de la energía eléctrica y no de la intención de sustraerse a las reglas de la competencia.

El objeto principal del artículo 86.1 es controlar la acción de los Estados en su relación con las empresas públicas o asimiladas y procurar la igualdad de tratamiento en este ámbito. Se trata de imponer a los Estados Miembros la obligación de o bien no adoptar o bien no mantener medidas contrarias al Tratado con relación a las empresas públicas o asimiladas a aquellas.

Por consiguiente el destinatario de esta disposición son los Estados Miembros y los sujetos afectados por la misma sobre las empresas públicas o privadas, titulares de derechos especiales o exclusivos.

⁴⁷⁸ Ver, entre otros el Asunto de la Corte 6 de julio de 1984 190/1980, recurso interpuesto por Francia e Italia al Reino Unido contra la Directiva 80/723/CEE, de la Comisión de 25 de junio de 1980 sobre Transparencia de las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las empresas públicas. En uno de sus Considerandos se afirma que “La razón por la cual las disposiciones del artículo 90 son incluidas en el Tratado reside precisamente en la influencia que los poderes públicos pueden ejercer sobre las decisiones comerciales de las empresas públicas. Esta influencia puede ejercerse sea sobre la base de una participación financiera, o sea sobre las reglas que rigen la gestión de la empresa”.

El Estado se encuentra como el destinatario de una disposición que le impone un comportamiento especial para que no adopte ni mantenga medidas contrarias al Tratado, comportamiento que implica en principio que el Estado Miembro debe contemplar el conjunto de las disposiciones que rigen la conducta de las empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos, a fin de determinar en que sentido esta regla puede ser contraria a las normas de la competencia o, en que medida son conformes a las mismas. Para la aplicación de estas obligaciones respecto de los Estados, la Comisión dispone en función del antiguo artículo 90.3 de poderes especiales que se han visto aplicados en alguna ocasión y, en particular respecto de este tema, el contenido de la Directiva 80/723/CEE sobre la transparencia a las relaciones financieras entre los Estados Miembros y las Empresas Públicas, y la modificación de esta norma a través de la Directiva 85/413/CEE.

En lo que hace referencia al alcance del termino “medidas” al que se refiere el antiguo artículo 86.1 Goldman sostiene que tales medidas, y ello es recogido por la mayor parte de la doctrina⁴⁷⁹, son la expresión de la influencia que el Estado ejerce sobre las empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos, de tal manera que las mismas pueden provenir de una Ley, de un Decreto, o de cualquier otro tipo de Disposición reglamentaria. El Estado Miembro autoriza las empresas propietarias de tales derechos especiales exclusivos a adoptar un acuerdo, o a disponer de una práctica, o de una conducta contraria a los fines del Tratado.

Con relación al antiguo artículo 86.2 del Tratado el actual artículo 86.2 también situado en el ámbito de las Disposiciones relativas al derecho de la competencia cabe decir que se trata de una disposición que excepciona la aplicación de la reglas de la competencia respecto de las empresas encargadas de la gestión de misiones de interés general, cuando se den determinadas circunstancias que impidan el ejercicio de la misma. No es por tanto lo que pretende este precepto un mandato de sometimiento sino de excepción del derecho de la competencia cuando concurren las competencias y límites expresados en la norma.

Por consiguiente, el artículo 86.2 constituye una excepción respecto de la disposición de su precedente 86.1. Cabe por tanto apreciar distintas limitaciones al cumplimiento de esta

⁴⁷⁹ Goldman, Berthold y Antoine Lyon-Caen: “Derecho Comercial Europeo”, Madrid, 1984.

excepción: La aplicabilidad en las reglas del Tratado se condiciona al hecho de que las mismas impidan el cumplimiento del objetivo previsto por el servicio en cuestión, en el caso que nos ocupa, por el servicio eléctrico; La ejecución de las reglas del Tratado, en el sentido mencionado, no debe afectar el desarrollo de los intercambios ni ser una medida contraria al interés de la Comunidad; Y la Comisión dispone de los poderes para controlar la aplicación de las disposiciones por medio de Directivas y, en su caso, aunque con una eficacia jurídica menor vinculada a la naturaleza del acto, de Recomendaciones.

Con relación al carácter y la noción de las empresas encargadas de gestión de servicios de interés general, como señalamos en otros aspectos de esta obra, ha sido ya objeto de importante valoración doctrinal en sendos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Como antecedente destacado debemos citar la Decisión 82/861 de la Comisión de 10 de diciembre de 1982⁴⁸⁰ respecto del caso *British Telecommunications* empresa encargada-entonces en exclusiva- de la explotación de un servicio de interés general en el ámbito de los servicios de telecomunicación del Reino Unido. También la sentencia de 20 de mayo de 1985 confirmando la Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 1982 se señala que este artículo del Tratado “no deja a la discreción del Estado Miembro esta valoración de manera plena, dado que el apartado tercero del propio artículo 90 confía a la Comisión Europea, bajo el control del Tribunal, una labor de vigilancia en la materia⁴⁸¹. Esta

⁴⁸⁰ En tal Decisión la Comisión plantea que determinadas disposiciones del Reino Unido, en concreto ciertos reglamentos reguladores del servicio de telecomunicaciones infringían la normativa comunitaria referida “la interrupción o la desconexión de los equipos suministrados, impiden a las agencias de redistribución de mensajes prestar determinados servicios en perjuicio de sus clientes domiciliados en otros estados miembros, sometiendo el uso de las instalaciones telefónicas y de télex a obligaciones sin vinculación con la atribución de los servicios telefónicos o de telex y haciendo que las agencias se vean desfavorecidas en la competencia frente a las autoridades y agencias nacionales de los demás estados miembros que no están sujetas a dichas normas”. El Tribunal Europeo señala que el art.90.2 del TCE no se ha dejado a la discreción del Estado miembro, sino que el apartado 3 del citado artículo confía, a la Comisión bajo el control del TJCE, una misión de vigilancia en la materia.

⁴⁸¹ La doctrina jurisprudencial se viene ocupando de esta materia desde mediados de los años setenta, así en la sentencia de 21 de marzo 1974 relativa a derechos de autor; en materia de transferencia de fondos efectuados por las instituciones bancarias cabe destacar la sentencia 14 de julio de 1981 en la que se declara que las transferencias realizadas de un Estado Miembro constituyen operaciones propias de las misiones de los bancos pero que esto no es suficiente para reconocer a tales entidades el carácter de empresa en el sentido del artículo 90.2 del Tratado, a menos que se pudiera acreditar que al realizar estas transferencias, dichas instituciones gestionan un servicio de interés económico general, del cual están encargados en virtud de un acto de un poder público; en materia de explotación de puertos la sentencia de 14 de julio de 1971 que

Sentencia tuvo una repercusión extraordinaria en la ulterior regulación y enfoque de la liberalización del sector de las telecomunicaciones en la Unión Europea.⁴⁸²

Así pues en esencia la gestión de los servicios económicos de interés general de acuerdo con las disposiciones tradicionales del Tratado debe tener en cuenta la conciliación de dos bienes jurídicos: a) Que la aplicación de las reglas de la competencia no falseen o no impidan de derecho o de hecho el cumplimiento de su misión específica; b) Que el desarrollo de los intercambios no quede afectado como una medida contraria al interés de la Comunidad. Por consiguiente deberíamos conciliar dos intereses en principio opuestos: El interés nacional o la utilización del sector público como un instrumento de la política económica nacional, y el interés comunitario dentro de la defensa de la unidad de mercado y de las reglas de la competencia.

En cuanto a los derechos especiales cabe señalar que inicialmente la doctrina comunitaria optó por aproximar los dos conceptos e incluso llegó a ofrecerse en el ámbito de las telecomunicaciones una definición conjunta o unitaria de los derechos especiales exclusivos como “los derechos concedidos por un Estado Miembro o una autoridad pública a uno o varios organismos públicos o privados mediante cualquier instrumento legal, reglamentario administrativo que le reserve la prestación de un servicio o la explotación de una actividad determinada”.

Esta definición había sido recogida tanto en la Directiva sobre aparatos terminales de telecomunicaciones,⁴⁸³ como la Directiva sobre los servicios de telecomunicaciones.⁴⁸⁴

contrariamente a las anteriores considera que una empresa que disfruta de determinados privilegios para cumplir la misión que le ha estado encomendada legalmente y que asegura la salida de las mercancías en el ámbito de tráfico fluvial se puede prevaler del contenido del artículo 90.2 del Tratado de la CEE; materia de televisión entre otras 30 de abril de 1974 relativa al monopolio de televisión; materia de control de la calidad a la decisión de 26 de julio de 1976.

⁴⁸² Ver a tal efecto el COM (87) 290 Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicación. Junio de 1987.

⁴⁸³ Ver Directiva 88/301 CEE sobre mercados de equipos terminales de telecomunicación, que establecía la obligación de los Estados de eliminar los derechos exclusivos de importación, comercialización, conexión, puesta en funcionamiento y mantenimiento de terminales de telecomunicaciones.

⁴⁸⁴ Ver Directiva 90/338/CEE sobre competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, DOCE L 192, julio de 1990.

Posteriormente la propia Comisión Europea ha ofrecido otras definiciones de derechos especiales entendiendo por tales “los derechos concedidos por los Estados Miembros a un número limitado de empresas por medio de un instrumento legal, reglamentario administrativo que en una zona geográfica determinada: a) limita a dos o más el número de tales empresas con arreglo a criterios que no son objetivos, proporcionales y no discriminatorios o b) designa con arreglo a otros criterios a varias empresas que compitan entre sí o c) confiere a una empresa o empresas con arreglo a otros criterios ventajas legales o reglamentarias que dificultan gravemente la capacidad de la empresa de emprender alguna de las actividades mencionadas de la misma zona geográfica y unas condiciones básicamente similares⁴⁸⁵.

La dificultad de definir el sector eléctrico como servicio público, en algunas de sus distintas caracterizaciones o modalidades, es una constante histórica. La razón no es otra que la convivencia de iniciativa privada y control administrativo. En cualquier caso se hace preciso encuadrar el sector y específicamente considerar si nos hallamos en presencia de unas actividades privadas autorizadas, de un verdadero servicio público o, quizás, dentro de lo que se ha venido a denominar servicios públicos objetivos o impropios, como categoría intermedia entre el servicio público y la actividad privada, sea más o menos intervenida por el Estado. O si se admite, finalmente, las categorías comunitarias de servicio de interés general, servicio de interés económico general, y servicio universal.

La primera dificultad que surge al analizar esta cuestión es la de determinar si el sector eléctrico ha respondido históricamente en España a un esquema concesional, sujeto a las prerrogativas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o por el contrario descansa en el modelo autorizatorio con mejores o menores niveles de condicionamientos en su configuración.

⁴⁸⁵ Ver Directiva 94/46/CEE de la Comisión de 13 de octubre de 1994 por la que se modifican las Directivas 88/301/CEE y 90/388/CEE con relación a las comunicaciones por satélite en el diario oficial de la Comunidades Europeas L268 de 1994.

Javier Salas en su clásica monográfica sobre el régimen jurídico–administrativo sobre el sector eléctrico se decanta por el modelo autorizatorio⁴⁸⁶: *“la habilitación para realizar la actividad industrial en cualquiera de las fases del ciclo eléctrico, viene configurada, unitariamente, como autorización [...] Tenemos pues un servicio público cuya gestión no se concede, sino que se autoriza o mejor –puesto que es lo que sucede en la práctica– la gestión del mismo se entiende concedida implícitamente cuando lo que se solicita y obtiene de la Administración es una autorización para establecer líneas de transporte o redes de distribución, con la finalidad de suministrar, a través de las mismas, energía eléctrica a terceros”*.

A juicio de Gaspar Ariño en su trabajo también clásico correspondiente a una etapa anterior al proceso de liberalización⁴⁸⁷: el sector eléctrico, considerado en su sentido global, constituye un típico supuesto de servicio público subjetivo, por darse en él las cinco notas clásicas del servicio público:

- 1ª. Toda declaración de servicio público significa que una determinada actividad, por su vinculación al bien común, a los intereses generales, queda incorporada a la titularidad del Estado. Se trata no de actividades o funciones inherentes a la soberanía, sino otras, normalmente de contenido económico y de carácter mercantil o industrial.
- 2ª. Declarada una actividad servicio público, solamente previa concesión queda abierto el campo a los particulares, los cuales como concesionarios se convierten en gestores de una actividad originaria y primariamente estatal.
- 3ª. La declaración de servicio público de una actividad es una cuestión histórica y contingente y se produce cuando por la evolución de las condiciones y circunstancias de la vida de la sociedad una actividad o sector se convierte en esencial e indispensable para la vida social.

⁴⁸⁶ J. Salas Hernández: El régimen jurídico–administrativo de la energía eléctrica.

⁴⁸⁷ G. Ariño Ortiz: *Las tarifas de los Servicios Públicos*. Universidad de Sevilla, 1976, “Dictamen sobre el régimen de la energía eléctrica” a instancias de UNESA.

- 4ª. Cuando una actividad o sector se constituye en ‘necesidad pública indispensable’ para la vida de la sociedad corresponde al Estado y, dentro de él, a la Administración decir si debe ser satisfecha directamente o por concesionario interpuesto.
- 5ª. La dirección unitaria de todo servicio público exige que el Estado conserve, cuando su gestión es concedida, unos poderes internos de modalización y control sobre las formas y medios de llevar a cabo la prestación y aún sobre la propia organización misma que la realiza.

Gómez-Ferrer⁴⁸⁸ apunta una tercera vía, en línea con las tesis formuladas por la doctrina italiana del servicio público impropio, que se corresponde también en gran medida por la planteada por la francesa bajo la denominación de servicio público virtual: *“Al redactarse esta Constitución se planteó el problema de limitar la posibilidad de que el Estado llevara a cabo la colectivización de actividades. De ahí que el artículo 43 estableciera que la publicatio sólo podría llevarse a cabo con respecto a los servicios públicos esenciales y que el artículo 41 previera la posibilidad de establecer programas y controles para dirigir y coordinar la actividad económica, pública o privada, con objeto de conseguir el logro de fines sociales”*.

La Comisión Europea ha venido realizando un considerable esfuerzo por delimitar el concepto de servicio de interés económico general y otros conexos, como técnica propia donde encuadrar las obligaciones de servicio público que deben asumirse por los titulares de servicios o proveedores de productos o mercancías de interés general que actúan en un mercado abierto a la competencia.

En consecuencia, se ha decidido a importar otros conceptos -de la tradición norteamericana en algunos casos como el servicio universal- y acuñar uno propio, “el

⁴⁸⁸ R. Gómez-Ferrer: El régimen general de los Centros Privados de Enseñanza, RAP nº 70, 1973.

servicio de interés económico general”, a la hora de calificar “in genere” y reorientar hacia la competencia, el grado de regulación en los grandes sectores antes enunciados.⁴⁸⁹

Se ha señalado, a mi entender con acierto, que lo importante en la organización de estas actividades y en la concepción del modelo económico del Estado de final de siglo no es el control a través de la propiedad o titularidad, sino garantizar el funcionamiento de la competencia, el principio de libre elección, la protección de los consumidores y la realización de auténticas obligaciones de servicio público, es decir, de aquellas actividades que, por afectar a la prestación de servicios de primera necesidad, el Estado garantiza su prestación universal, continua, regular y en condiciones de calidad y precio adecuado. El Estado no debe ser el gestor o prestador de los servicios, normalmente por la menor eficiencia en su acción que otras estructuras organizativas en el ámbito estrictamente económico, sino el que garantiza su efectiva provisión.⁴⁹⁰

Es cierto sin embargo, que ni la doctrina ni la jurisprudencia europea en su conjunto, utilizan categorías uniformes a la hora de referirse al concepto de servicio público, como antes apuntábamos, diferencias que se reflejan también, por extrapolación, en la regulación de los “servicios públicos o de interés general” en los distintos Estados miembros⁴⁹¹ (debiendo distinguirse entre los de tradición jurídica latina como Francia, Italia, España, Portugal, Bélgica o Grecia; y los de tradición anglosajona o germánica: Reino Unido, Alemania, Dinamarca, Irlanda...).

489 Comunicación de la Comisión sobre los Servicios de Interés General en Europa. COM (96) 443 final, de 26 de septiembre de 1996.

Ver también: L. Rapp “La politique de liberalisation des services en Europe, entre service publique et service universal”, en la Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne nº 389, Junio-Julio 1995, pág. 352 y ss.

490 “Liberalización eléctrica en España: Aspectos básicos de su regulación”. Jesús Trillo-Figueroa. V Jornadas Jurídicas de UNESA (en imprenta). La Coruña. Abril 1997.

491 Ver al respecto desde la perspectiva del sector eléctrico el trabajo del Grupo Jurídico de Eurelectric (1994); Un ensayo de delimitación: servicio público, servicio de interés económico general, servicio universal.

Existe también, como ha sido apuntado⁴⁹², una diferencia notable entre los servicios públicos europeos y las Public Utilities americanas, ya que en estas últimas se hace una aproximación liberal de las especialidades del servicio público; apoyada por tanto, no pocas veces, en procesos de privatización ; mientras que la mayor parte de los Estados europeos lo han construido a partir de una aproximación regulada -desde el Estado- como una prestación debida por el Estado a la ciudadanía.

En la actividad de servicio público predomina lo público sobre lo privado, es decir, bien la titularidad pública de la actividad, bien la prestación del servicio a través de empresas públicas. Por ello, no parece que esta categoría de servicio público, tal como ha sido configurada hasta ahora, sirva para explicar los servicios de interés económico general, que se caracterizan porque los poderes públicos dejan de tener una actividad directa de prestación y se limitan a establecer el marco jurídico de estas actividades. Difícilmente la categoría del servicio público, tal y como ha sido construida, sirve para explicar una realidad donde predomina la sociedad sobre el Estado. Lo propio del servicio público es la limitación del mercado y la presencia directa de los poderes públicos para garantizar los servicios sociales necesarios. En cambio, el servicio de interés económico general se caracteriza por confiar en los particulares y en el mercado como instrumento para satisfacer prestaciones necesarias para la sociedad, limitándose los poderes públicos a garantizar la universalidad y permanencia de la actividad privada⁴⁹³. No aporta tampoco nada la clave de que servicio público es toda actividad de interés general, ya que hay otras muchas de interés general, como las propias de soberanía, que no son servicios públicos. No es tampoco apropiada la noción de responsabilidad, ya que en los servicios de interés general, la Administración sólo supervisa la actividad de los particulares –y ni siquiera muy

492 Ver: “Competencia y Servicio Público en la actividad eléctrica”. José M^a Nebot Lozano. En las mencionadas V Jornadas Jurídicas del Sector Eléctrico.

Ver también: “Nuevo Servicio Público”, Gaspar Ariño. Editorial Marcial Pons; “El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo”. José M^a Gimeno Feliu. Editorial Civitas 1994; “Services Publics: question d’avenir”. Commissariat Général du Plan, dirigido por Ch. Stoffaes. Edition Odile Jacob 1995; y “Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios”, Fernando Díez Moreno (XVIII Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado). 1995.

493 E. Malaret habla de servicio público como necesidad colectiva respecto de la cual la comunidad reconoce la incapacidad de la iniciativa privada para satisfacerla de modo razonable, cuando, desde una perspectiva histórica, se observa que los servicios de interés general han nacido también por la incapacidad pública.

intensamente—, pero no es responsable civilmente si éstos desarrollan la prestación de manera insuficiente⁴⁹⁴. En general, hay muchos ámbitos materiales sin calificación expresa de servicios públicos donde los particulares desarrollan una actividad de interés general y se encuentran vinculados a un nivel amplio de vigilancia e inspección por parte de los poderes públicos y a un conjunto de obligaciones que siempre imponen las normas jurídicas —hostelería, restauración, farmacias, taxis, clínicas, alimentación—. Hay actividades y sectores privados sometidos a una intensa regulación, supervisión y sanción —Banca, Seguros, Mercado de Valores— y nadie hasta ahora los ha definido como servicios públicos.

Es la categoría de servicios de interés económico general, más acorde con la realidad actual y más funcional, no es tampoco deudora dogmáticamente de la categoría del servicio público, ni es consecuencia necesaria de una evolución natural de la misma. Al contrario, esta categoría nace como ruptura frente al servicio público tradicional tanto en el plano jurídico como en el plano ideológico. En el plano jurídico porque la idea de servicio de interés general no significa la titularidad estatal de la actividad sino una actividad que los ciudadanos ejercen en régimen de libertad —reconociéndose el derecho de propiedad y la libertad de empresa *ab origine*—, requiriendo una autorización y no una concesión administrativa, con la obligación de respetar la regulación que afecta a estas materias⁴⁹⁵. Además, las empresas encargadas de estos servicios de interés general están sometidas plenamente a las normas comunitarias sobre la competencia —artículos 81 y ss. TCE—, salvo que la aplicación de estas normas impida el cumplimiento de la misión específica a ellas encomendada —artículo 86.2 TCE—. En el plano ideológico, porque el mismo concepto de servicio público que sirvió para justificar la intervención directa del Estado en el sistema económico, no puede fundamentar dogmáticamente su retirada hacia funciones de ordenación exterior. Por tanto, el servicio de interés económico general supone una auténtica superación del servicio público tradicional, lo que no obsta para reconocer los frutos beneficiosos de la categoría del servicio público frente al liberalismo decimonónico.

494 La Administración tendría una responsabilidad por no sacar a concurso el servicio universal o en el caso de que la iniciativa privada no quiera cubrirlo, lo que le obligaría a acogerse a la posibilidad abierta en el artículo 86.2 TCE. No obstante, la responsabilidad civil por deficiencia en prestación de un servicio universal le corresponde a la empresa titular de la autorización.

495 Con la gestión indirecta por parte de los particulares de un servicio público subjetivo podrá haber una cierta competencia, pero no auténtica libertad de empresa, como pretende Muñoz Machado. Cfr. G. Fernández Farreres: Loc. cit., pág. 350. Cfr. A Troncoso: Op. cit., págs. 85–95, 104, 105 y 160.

Los servicios de interés económico general se caracterizan porque se desarrollan ordinariamente en régimen de mercado, respetando el derecho de la competencia. Los servicios de interés económico general se diferencian, por tanto, de los servicios públicos subjetivos en que la actividad no es exclusiva de los poderes públicos –no es de titularidad pública– sino que ésta puede ser ejercida libremente por los particulares. Dicho de otro modo, los servicios de interés económico general, a diferencia de los servicios públicos subjetivos, conviven con las libertades económicas y se pueden ejercer en régimen de competencia, lo que representa el abandono del concepto de reserva. Se habla así de un nuevo servicio público o de servicio público competitivo.

Así, el artículo 86 TCE –antiguo artículo 90– prevé que la regla general es que estos servicios de interés económico general se sometan al derecho de la competencia. Sólo cuando la aplicación de estas normas a las empresas que prestan servicios de interés económico general impida de hecho o de derecho el cumplimiento de esta misión de interés general estarán excluidas de la competencia. Es decir, los límites al derecho de la competencia sólo son posibles en dos situaciones: una, en aquellas actividades consideradas de servicio de interés general –lo que no se extiende a las auxiliares–, y dos, cuando la competencia impida de hecho o de derecho el desarrollo normal de este servicio⁴⁹⁶. Ni la Comisión ni el Tribunal de Justicia han sido generosos en la interpretación de la cláusula de excepción del Tratado, ni para el reconocimiento de que una actividad es un servicio económico de interés general, ni para la consideración de que las normas de la competencia impiden el cumplimiento de su misión específica.⁴⁹⁷

496 Ariño es aún más restrictivo, transformando la “dificultad” de hecho o de derecho por la “imposibilidad” de que se preste el servicio de interés general en régimen de competencia. Cfr. G. Ariño: Significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico, en *El nuevo servicio público*, cit., págs. 25–49, esp. pág. 35. Para Ariño, los Estados, a partir del TUE no son totalmente libres de configurar servicios públicos bajo su titularidad exclusiva porque “para la Comunidad, los servicios públicos son simplemente excepciones a la política de la competencia y a la libertad de prestación de servicios”. Cfr. G. Ariño: *Economía y Estado*, Marcial Pons, Madrid, pág. 241. Para Malaret, el art. 90.2 reconoce “la prevalencia del interés general sobre las reglas de la competencia” para después afirmar que esta prevalencia del interés general “se configura como excepción, como derogación”. Cfr. E. Malaret: *Loc. cit.*, pág. 83.

497 Cfr. T.R. Fernández: *Loc. cit.*, pág. 43. Cfr. en idénticos términos T. De la Quadra supra, nota 13. Cuétara habla de un principio “pro concurrencia” o de subsidiariedad, derivado del carácter excepcional de los servicios de interés económico general a partir de los Tratados comunitarios. Cfr. J. M. de la Cuétara: *Perspectivas*, loc. cit., pág. 79. La declaración de servicio público debe de ser expresa y debe darse a través de un acto de autoridad –STJCE, de 21 de marzo de 1974–, que permita, en su caso, el privilegio de estar exento de las reglas de la competencia. La posibilidad que abre el artículo 86.2 TCE (antiguo art. 90.2) –la noción de

Lo habitual es, por tanto, que las necesidades más básicas –consideradas servicios de interés económico general– se satisfagan a través del régimen comercial ordinario. Así, actividades esenciales que aparentemente tenían vocación de monopolios son ahora cubiertas por particulares en régimen de competencia⁴⁹⁸. El Derecho comunitario y los servicios de interés económico general representan sin duda una devolución a la sociedad de la capacidad de asegurar la satisfacción de necesidades vitales, que habían sido desarrolladas progresivamente por el Estado desde la Revolución Francesa en sustitución de las corporaciones gremiales, pero que en la actualidad pueden ser desempeñadas eficazmente a través de empresas privadas⁴⁹⁹.

De la misma forma, otras obligaciones de servicio de interés general como la continuidad, la regularidad, la calidad o el precio se justifican en la posibilidad que tiene el Estado de limitar la libertad de empresa para proteger otros intereses constitucionales específicos como la defensa de los consumidores y usuarios –artículo 51 CE y STC 88/1986– y, naturalmente, las altas necesidades de financiación de determinados proyectos energéticos que requieren garantías de los poderes públicos.

Yolanda Fernández García ha introducido una apreciación, a nuestro entender muy pertinente, en la dicotomía servicio público-servicio de interés económico general, destacando el carácter material o funcional de la noción de este último concepto,

“interés económico general”– debe interpretarse restrictivamente –STJCE, de 10 de diciembre de 1991–, ya que representa una contradicción entre los intereses de la Comunidad, que preferiría la aplicación universal de las reglas de la competencia y del mercado común, y los intereses nacionales. Por eso, hay que entrar a analizar en cada caso en qué medida la restricción o exclusión de la competencia es necesaria para el cumplimiento de la misión de interés general.

498 El abastecimiento de pan es un buen ejemplo de un servicio de interés económico general que, siendo básico, se desarrolla en régimen de competencia. No obstante, en el origen del abandono de una actividad por parte de los poderes públicos está presente siempre la incertidumbre de si esa actividad social pueda ser prestada correctamente por los particulares. Así, las compañías de seguros estatales duraron mientras existieron deficiencias en el mercado. En la actualidad, la necesidad vital de una actividad aseguradora se satisface con la competencia entre aseguradoras privadas y con la actividad de policía del Estado. No obstante, hay autores que justifican el mantenimiento de estos servicios públicos en virtud de las garantías preventivas del Estado de Derecho, doctrina que es claramente incompatible con el Derecho comunitario. Cfr. W. Däubler: *Privatisierung als Rechtsproblem*, Luchterhand, Berlín, 1981, págs. 79-82, y R. Hofmann: *Privatisierung kommunaler Aufgaben*, VBIBW, 1994, pág. 124. Cfr. más ampliamente A. Troncoso: *Op. cit.*, págs. 293–294 y 296–304.

499 Cfr. G. Ariño: *Ult.*

apoyándose en las referidas Comunicaciones de la Comisión. O dicho en otros términos, subrayando la desvinculación o ruptura de la concepción subjetivo-formal del servicio público e incidiendo en que *“en el marco de la construcción comunitaria, lo relevante es el tipo y la funcionalidad de las actividades económicas y su ajuste al ordenamiento comunitario sin prejuzgar quién las realiza ni con qué forma de organización”*, aunque –matiza necesariamente ulteriormente–, *“no resulta indiferente la naturaleza pública o privada del operador, precisamente desde la perspectiva de la paridad de trato y del respeto de las normas sobre la competencia prevista en el Tratado”*.⁵⁰⁰

4.1 Los Servicios económicos de interés general en el Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

Dentro del Tratado Constitutivo de la Unión Europea hay tres artículos que revisten especial importancia en relación con los servicios de interés económico general (en adelante mencionados bajo la sigla SIEG), dentro de un contexto doctrinal de reorientación de los servicios públicos tradicionales, en industrias de red, hacia la competencia. Reorientación que obedece, no a un abandono de la responsabilidad del Estado en la satisfacción de las necesidades esenciales de los ciudadanos, sino en la forma que se elige, en cada caso, para prestar aquellas satisfacciones o atender las citadas necesidades de la manera o a través de la técnica jurídica más apropiada a los nuevos fines, y económica más eficiente y alineada con ellos.

El **artículo 16** subraya la importancia de dichos servicios *“entre los valores comunes de la Unión,”* enfatiza *“su papel en la promoción de la cohesión social y territorial”*, e impone la obligación a cada Estado de velar *“por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”*.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Ver M^o Yolanda Fernández García: “Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en Red” y Verhoeven, P.: “Privatisation and EC Law: is the European Commission neutral with respect to public versus private ownership of companies”. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, October 1996.

⁵⁰¹ El artículo 36 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el Consejo Europeo de Niza (e incorporada formalmente al Tratado de Lisboa, vía remisión), señala a este respecto que *“la Unión reconoce y respeta el acceso a los servicios económicos de interés general, tal como disponen las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión”*.

El **artículo 86** establece que los Estados miembros no mantendrán ningún derecho especial o exclusivo⁵⁰² en beneficio de las empresas públicas.⁵⁰³ En su apartado segundo, se refiere específicamente a las empresas que prestan servicios de interés general disponiendo que *“quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”*. La citada disposición reviste especial importancia por dos razones fundamentales. La primera de ellas, hace expresa la aplicabilidad del régimen de competencia a los SIEG. En segundo lugar, exceptúa de la aplicación de dicho régimen a los SIEG en circunstancias excepcionales sobreponiendo el interés general.

4.2 Desarrollo del concepto en la doctrina de la Comisión Europea.

El 19 de enero de 2001, la Comisión Europea publica en el Diario Oficial⁵⁰⁴ una nueva Comunicación en la que conservaba la valoración de los servicios de interés general como un elemento clave del modelo europeo de sociedad.

La Comisión sitúa la aplicación de los servicios de interés general en el ámbito de decisión y responsabilidad *“de las autoridades públicas al nivel apropiado, ya sea local, regional o nacional”*, para añadir que *“la Comunidad velará, mediante la aplicación de las normas del Tratado y con los instrumentos de que dispone, por que el rendimiento de dichos servicios, en términos de calidad y precio, responda lo mejor posible a las necesidades de los ciudadanos y los usuarios en general”*. Asimismo, estos servicios actúan

⁵⁰² Sigue teniendo, a nuestro juicio, plena vigencia valorativa la Sentencia Porto di Genova , asunto C-260/89, que refleja el riesgo que el titular exclusivo de una actividad- en este caso las actividades monopolísticas de difusión y retransmisión, las ejerza de manera discriminatoria y abusiva.

⁵⁰³ El Dictamen del Comité Económico y Social sobre los servicios de interés general (199/C368/117) define los derechos exclusivos como los garantizados por un Estado miembro que reservan la prestación de determinados servicios a una empresa, mediante disposiciones legales, reglammentarias o administrativas, reservándole el derecho aprestar un servicio o a desempeñar una actividad en un área geográfica dada”Por su parte el art. 30 de la Directiva 2004/18/CE reconoce que el poder adjudicador puede otorgar derechos especiales o exclusivos para el ejercicio de una actividad de servicio público, respetando el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad.

⁵⁰⁴ Comunicación de la Comisión. Los Servicios de Interés General en Europa. Diario Oficial de las Comunidades Europeas C17/4 19.01.2001

en “sectores cuya dimensión y estructura de red les confiere una dimensión europea natural”.

En su relación con los objetivos de construcción de un mercado único, la Comisión define también el carácter de estos servicios, la necesidad de formulación de unas obligaciones o misiones de servicio público o de servicio de interés económico general o de servicio universal según el grado, intensidad y alcance de sus prestaciones hacia los ciudadanos; establece la forma de atribución de estos servicios en caso de que sólo sea viable su otorgamiento a un sólo proveedor, es decir, apunta la forma de garantizar la competencia en el modelo concesional y establece los tres principios que constituyen la base para interpretar y aplicar el artículo 86 del Tratado: neutralidad, libertad y proporcionalidad.

Los servicios de interés económico general se diferencian de los servicios ordinarios en que los poderes públicos consideran que deben prestarse incluso cuando el mercado puede no tener suficientes incentivos para hacerlo. Si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado no pueden prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones de servicios concretas con objeto de satisfacer estas necesidades. El cumplimiento de estas obligaciones puede implicar, aunque no necesariamente, la concesión de derechos especiales o exclusivos, o la instauración de mecanismos específicos de financiación. La definición de una misión específica de interés general y del consiguiente servicio necesario para cumplir dicha misión no implica necesariamente un método específico de prestación de servicios. El caso clásico es la obligación⁵⁰⁵ de servicio universal, es decir, la obligación de prestar cierto servicio en todo el territorio a precios asequibles y en condiciones similares de calidad, con independencia de la rentabilidad de las operaciones individuales.

Ciertos servicios de interés general no se corresponden con el hecho de que puedan existir a una pluralidad de prestadores, por ejemplo cuando solamente puede ser

⁵⁰⁵ El concepto de servicio universal y el de la obligación de servicio público han sido reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal [(Asunto C-320/91: Corbeau (1993); Asunto C-393/92: Almelo (1994)], y otros, como apuntaremos ulteriormente y, desarrollados en la legislación comunitaria referente a dichos servicios, respecto de los cuales se ha instaurado un marco regulador común para lograr un mercado único europeo.

económicamente viable un único proveedor. En estas circunstancias, los poderes públicos suelen atribuir generalmente derechos exclusivos y especiales de prestación del servicio de interés general otorgando concesiones por períodos limitados mediante procedimientos de licitación. La competencia en el momento de la adjudicación de la licitación garantiza que las misiones asignadas a un servicio de interés general se cumplen al menor coste público.

En cuanto a los principios de los SIEG:

- a) La neutralidad de la propiedad pública o privada de las empresas está garantizada en el artículo ex 295 del Tratado CE. Por una parte, la Comisión no se cuestiona si las empresas responsables de prestar servicios de interés general deben ser públicas o privadas. Por lo tanto, no impone, de manera expresa la privatización de las empresas públicas. Por otra parte, las normas del Tratado y, en especial, las de competencia y mercado interior se aplican independientemente del propietario (público o privado) de una empresa.
- b) La libertad de los Estados miembros para definir significa que los Estados miembros son ante todo responsables para definir lo que consideran servicios de interés económico general basándose en la características específicas de las actividades. Pueden conceder los derechos especiales o exclusivos necesarios a las empresas encargadas de su prestación, regular sus actividades y, llegado el caso, financiarlas. En las áreas que no están cubiertas específicamente por una normativa comunitaria, los Estados miembros gozan de un amplio margen para definir sus políticas. Si un servicio es o no de interés general y el modo en que debe prestarse son aspectos que se deciden sobre todo a nivel local. El papel de la Comisión es velar por que los medios empleados sean compatibles y coherentes con el Derecho comunitario.
- c) La proporcionalidad de conformidad con el apartado 2 del artículo 86 implica que los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no crearán distorsiones innecesarias del comercio. Concretamente, hay que asegurar que ninguna restricción a las normas del Tratado CE y, en especial, las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado interior

excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de la misión. La prestación del servicio de interés económico general debe estar garantizada y las empresas responsables deben poder soportar la carga específica y los costes adicionales netos de la misión particular que se les asigna. La Comisión efectúa este control de la proporcionalidad, sujeto a revisión judicial por parte del Tribunal de Justicia, de manera razonable y realista, como queda ilustrado por el uso que realmente hace de los poderes decisorios que le confiere el apartado 3 del artículo 86⁵⁰⁶.

Resulta especialmente significativo el análisis de los sectores económicos a los que se dirige este Libro Blanco, y la conexión que realiza el estudio de la Comisión con las diferentes normas liberalizadoras adoptadas hasta entonces en los sectores del transporte⁵⁰⁷, las comunicaciones electrónicas, la energía o la radiodifusión.

4.3 El Libro Verde sobre los Servicios de Interés General.

El 21 de mayo de 2003, la Comisión Europea adoptó un Libro Verde sobre los servicios de interés general, el cual abrió el debate sobre el papel de la Unión Europea en la promoción de dichos servicios al interior de los Estados Miembros, los fines básicos de su prestación, su organización, financiación y evaluación.

Uno de los principales objetivos del Libro Verde fue el de determinar algunos principios susceptibles de incluirse en una posible Directiva marco. El debate provocado por este documento suscitó un interés considerable, recibándose cerca de 300 contribuciones.

Este documento parte de la base que el artículo 16 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea encomienda a la Comunidad y a los Estados miembros la tarea de trabajar de

⁵⁰⁶ Véanse los Informes anuales de competencia de la Comisión.

⁵⁰⁷ En este sentido se apuntan las principales normas liberalizadoras adoptadas en el ámbito sectorial, como el Reglamento CEE n.º 2407/92 del Consejo de 23 de julio de 1992, sobre concesión de licencias a compañías aéreas (DO L 240) o el Reglamento (CEE) n.º 2408/92 del Consejo de 23 de julio de 1992 sobre el acceso para compañías aéreas de la Comunidad a las rutas aéreas intracomunitaria o el Reglamento (CEE) 2409/92 del Consejo de 23 de julio de 1992 sobre tarifas y fletes.

forma unida y conforme a sus competencias, para que sus políticas permitan que los servicios de interés económico general cumplan su objetivo. Sin embargo, es importante resaltar que esta disposición consagra un principio del Tratado, pero no dota a la Comunidad de medios de acción específicos.

El Libro Verde reconoce que el apartado 2 del artículo 86 es una norma base del régimen de servicios de interés económico general y define algunos principios interpretativos para su aplicación:

- Se establece un principio fundamental según el cual los Estados Miembros garantizan la prestación y el desarrollo de servicios de interés económico general en el mercado común.
- Se reconoce implícitamente el derecho de los Estados miembros a imponer obligaciones específicas de servicio público a los operadores económicos.
- Los proveedores de servicios de interés general sólo están eximidos de la aplicación de las normas de competencia del Tratado en aquellos casos en que sea estrictamente necesario para poder cumplir su misión de interés general. En caso de conflicto, por tanto, el cumplimiento de una misión de servicio público puede efectivamente prevalecer sobre la aplicación de las normas comunitarias, incluidas las normas sobre competencia y mercado interior.
- El Tratado protege la realización eficaz de una misión de interés general, pero no necesariamente al prestador de los servicios. Dichos proveedores de servicios de interés económico general, son compañías y como tales, están sujetas a las normas sobre competencia del Tratado.
- El Estado es el único que tiene la potestad de conceder derechos especiales o exclusivos a proveedores de SIEG locales. Aún así, pese a esta protección parcial que ofrece el del artículo 86, la exclusividad podría constituir una infracción al Tratado, cuando –según doctrina jurisprudencial- no se especifican adecuadamente los requisitos del servicio público que debe cumplir el proveedor; cuando el

proveedor es manifiestamente incapaz de satisfacer la demanda; o cuando existe una forma alternativa de cumplir los requisitos que crea menos distorsiones en el proceso competitivo.

- En ciertos casos, los Estados miembros conceden derechos especiales o exclusivos para asegurar la viabilidad financiera de un proveedor de un servicio de interés económico general. La concesión de tales derechos no es en sí misma incompatible con el Tratado, aunque pudiera serlo, en su aplicación, con los contenidos materiales del Derecho de la competencia. El Tribunal de Justicia ha dictaminado que el apartado 2 del artículo 86 del Tratado *«permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos»*.
- Los Estados miembros deben velar por que estos derechos sean compatibles con las normas sobre mercado interior y no den lugar a explotaciones abusivas de una posición dominante por parte del operador de que se trate, en el sentido del artículo 82. En términos generales, los derechos exclusivos o especiales sólo pueden limitar la competencia en ciertos mercados en la medida en que sean necesarios para cumplir una misión concreta de servicio público.

4.4 El Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General.

El 12 de mayo de 2004 la Comisión presentó ante el Parlamento Europeo el Libro Blanco sobre los Servicios de Interés General. En este punto se hace necesario aclarar que el Anexo 1 de dicho documento establece que *“La expresión «servicios de interés general» sólo se utiliza en el Libro Blanco cuando el texto alude **también** a los servicios no económicos o cuando no es necesario precisar la naturaleza económica o no económica de los servicios a los que se hace referencia”*.

A través del citado Libro Blanco la Comisión intentó sintetizar los adelantos logrados a través del libro Verde. Un punto fundamental fue el tema referente a la financiación de los SIEG por parte de los Estados.

La financiación de los servicios de interés general está regida por un principio según el cual los Estados son autónomos para elegir -con total discrecionalidad- la forma óptima para sufragar dichos servicios, siempre y cuando sus medidas respeten los principios establecidos por la Unión Europea.

El Libro Blanco abre el interrogante sobre en que casos la compensación percibida por un determinado servicio puede ser considerada como un ayuda estatal. A este respecto recurre a reciente jurisprudencia⁵⁰⁸ del Tribunal de Justicia Europeo, quien ha determinado una serie de condiciones para que una compensación no constituya una ayuda estatal, las cuales serán detalladas mas adelante.

Aún así con este antecedente jurisprudencial y en pro de la seguridad jurídica el Libro Blanco propone establecer una serie de reglas que sirvan de guía para el establecimiento de compensaciones a favor de las empresas de servicios de interés económico general en los casos en que se requieran, pero sujetadas a ciertos limites que no les permitan asimilarse a ayudas estatales.

- La Comisión considera compatible con el sostenimiento del mercado común, la financiación pública a empresas a las que se les hubiera confiado los servicios de interés económico general en aquellos casos en que resulte absolutamente necesario y en cuantía escasa. En dichos casos no es necesario la notificación previa.
- La Comisión considera que en el caso en que se otorgue compensación superior al límite fijado como “escaso” a las empresas a las que se les hubiera confiado los servicios de interés económico general se hace necesaria la notificación previa.

⁵⁰⁸ Sentencia de 24 de julio de 2003 en el asunto C-280/00, Altmark Trans, y sentencia de 24 de noviembre de 2003 en los asuntos acumulados C-34/01 a 38/01, Enirisorse SpA

- La Comisión propone determinar con mayor precisión lo que debe entenderse por una ayuda estatal.

4.5 Sesión Plenaria 2006 en el Parlamento Europeo.

El 27 de septiembre de 2006, el Parlamento Europeo en sesión plenaria votó una “resolución sobre servicios de interés general” (con 491 votos a favor, 128 en contra y 31 abstenciones), solicitando a la Comisión que defina y regule el sector de los SIEG. Simultáneamente con este proceso la Comisión Europea aprobó el texto de una propuesta de Directiva relativa a los “servicios en el mercado interior”.

Este texto se basaba en la distinción entre los “servicios de interés general no económicos” y los “servicios de interés económico general” (mencionados en el texto del Tratado en el artículo 90, identificadas como las actividades de servicios comerciales que desempeñan “misiones de interés general” y, por lo tanto, sometidas por los Estados miembros a obligaciones específicas de servicio público). Se definía así a la especie antes que al género.

Este texto generó airadas reacciones de rechazo que solicitaban su retirada completa. La propuesta no se retiró, aunque su texto fue reelaborado (con más de 1153 enmiendas propuestas).

4.6 Principios Base de la Aplicación del Apartado 2 del Artículo 86.

Desde el año 2001 la Comisión ha establecido tres principios base para la interpretación y aplicación del apartado 2 del Artículo 86:

- **El principio de la neutralidad de la propiedad pública o privada** se encuentra consagrado en el artículo 295 del Tratado CE. Según la citada norma el Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de los Estados Miembros, por lo que no cuestiona si las empresas responsables de prestar servicios de interés general deben tener una naturaleza pública o privada. En este sentido, no obliga en forma alguna a la privatización de las compañías públicas que tradicionalmente venían prestando este tipo de servicios. Lo que si es claro y enfático en ordenar es la

aplicación de las normas de competencia tanto para las empresas públicas como privadas en igualdad de condiciones.

- **La libertad de los Estados miembros para definir el significado de servicios de interés económico general.** Cada Estado tiene plena libertad para definir qué servicios entran dentro de la categoría de SIEG, atribución que solo se encuentra sujeta al control de los errores manifiestos. La libertad para definir dichos servicios conlleva la facultad para conceder derechos especiales o exclusivos en aquellos casos en que se estime conveniente o necesario para garantizar la prestación de los servicios. Bajo este entendido los Estados se encuentran facultados para regular las condiciones de prestación de los servicios, y en casos de necesidad puede llegar a financiarlos. Aún así dicha libertad se ve limitada frente a la aplicación de la excepción propuesta en el apartado 2 del artículo 86, de servicio público y ésta debe encomendarse explícitamente a través de un acto del poder público (incluso un contrato). Este requisito es del todo necesario para garantizar la seguridad jurídica y la transparencia respecto a los ciudadanos y es imprescindible para que la Comisión evalúe su proporcionalidad.
- **La proporcionalidad** de conformidad con el apartado 2 del artículo 86 implica que los medios utilizados para cumplir la misión de interés general no crearán distorsiones innecesarias del comercio. Concretamente, hay que asegurar que ninguna restricción a las normas del Tratado CE y, en especial, las restricciones de la competencia y las limitaciones de las libertades del mercado interior excedan lo necesario para garantizar el cumplimiento efectivo de la misión. La prestación del servicio de interés económico general debe estar garantizada y las empresas responsables deben poder soportar la carga específica y los costes adicionales netos de la misión particular que se les asigna.

La Comisión efectúa este control de la proporcionalidad, sujeto a revisión judicial por parte del Tribunal de Justicia, de manera razonable y realista, como queda ilustrado por el uso que realmente hace de los poderes decisorios que le confiere el apartado 3 del artículo 86 (6).

4.7 Las Directivas sobre mercado eléctrico: obligaciones de servicio público.

La primera Directiva 96/92 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad destina también los siguientes Considerandos u preceptos sobre las obligaciones de servicio público. En cuanto a los Considerandos, se manifiesta que:

- a) Las empresas del sector deben poder funcionar en el mercado interior sin perjuicio del respeto de las obligaciones de servicio público, con miras a un mercado competitivo de electricidad.
- b) Para garantizar la seguridad del suministro, la protección del consumidor y la protección del medio ambiente, en algunos Estados miembros puede ser necesaria la imposición de obligaciones de servicio público. O dicho en otros términos, que la necesidad de introducir competencia debe conciliarse con la obligación de respetar, en algunos casos, ciertas misiones confiadas por el Estado a las empresas eléctricas.

Los apartados 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva señalan que:

“2. Dentro del pleno respeto de las disposiciones pertinentes del Tratado, en particular su artículo 90, los Estados miembros podrán imponer a las compañías de electricidad obligaciones de servicio público de interés económico general, que podrán referirse a la seguridad, incluida la seguridad de abastecimiento, a la regularidad, a la calidad y al precio de los suministros, así como a la protección del medio ambiente; estas obligaciones de servicio público deberán definirse claramente, ser transparentes, no discriminatorias y controlables; dichas obligaciones de servicio público, así como su posible revisión, serán publicadas y comunicadas sin demora a la Comisión por los Estados miembros. Como medio de cumplir con las mencionadas obligaciones de servicio público, los Estados miembros que así lo deseen podrán establecer una planificación a largo plazo.

3. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar las disposiciones de los artículos 5, 6, 17, 18 y 21 en caso de que tal aplicación obstaculizare el cumplimiento, de hecho o de derecho, de las obligaciones impuestas a las compañías eléctricas en el interés económico general y el desarrollo de los intercambios se viese afectado de tal manera que resultara contrario a los intereses de la Comunidad. Dentro del interés de la Comunidad se considera la competencia con respecto a los clientes cualificados de conformidad con la presente Directiva y con el artículo 90 del Tratado”.

Como puede deducirse de la lectura de este precepto, la imposición de obligaciones de servicio público (que, en todo caso, deberán definirse claramente, ser transparentes y no discriminatorias) se sitúa en la esfera de responsabilidad de los Estados miembros a la hora de configurar su legislación interna, en aplicación del principio comunitario de subsidiariedad.

De acuerdo con el principio de subsidiariedad, los Estados miembros velarán por que las empresas eléctricas funcionen con arreglo a los principios de la Directiva, dando lugar a un mercado de la electricidad en el que exista competencia, sin discriminaciones y en el que, cualquiera que sea el modelo de acceso a las redes elegido, se produzcan resultados económicos equivalentes, y en consecuencia un nivel comparable de apertura y de acceso a los mercados. Se busca, pues, la equivalencia de resultados precisamente porque se reconoce la diferencia de modelos y organizaciones preexistentes en los Estados miembros.

La existencia de un modelo abierto -aunque convergente en sus objetivos y resultados- para la organización de los sectores eléctricos europeos, encuentra también justificación como hemos explicado antes, en los Considerandos de la misma, al reconocer que “existen actualmente, desde las diferencias estructurales entre Estados miembros, distintos sistemas de regulación del sector de la electricidad” (Considerando 10) o cuando se afirma la necesidad de avanzar (en el mercado interior eléctrico) “progresivamente” teniendo en cuenta la diversidad actual de la organización de las redes eléctricas (Considerando 5) o con mayor rotundidad en el Considerando 34: “Considerando que, debido a la diversidad de las estructuras y a la especificidad de los sistemas en los Estados miembros, conviene prever

varias opciones de acceso a la red que se administren de conformidad con criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios”.

La Directiva 2009/72 incide, de nuevo, en el carácter, perímetro y contenido de las obligaciones de servicio público, en este caso más centrados en las medidas de protección de los consumidores, en sus distintas categorizaciones.

El art. 3, apartado segundo reafirma el contenido de las redacciones precedentes, con leves modificaciones. Así por ejemplo, al precisar dentro de la protección del medio ambiente, como una de las obligaciones de servicio público, detalla o delimita, insisto como contenido de tal protección , a” la eficiencia energética, la energía procedente de las energías renovables y la protección del clima”.⁵⁰⁹

Asimismo, creemos importante subrayar, por comprensivo de lo anterior, el Considerando 46 de esta norma que señala “ El cumplimiento de los requisitos de servicio público es una exigencia fundamental de la Directiva...y se deben especificar normas comunes, respetadas por todos los Estados miembros, que tengan en cuenta los objetivos comunes de protección de los consumidores, seguridad del suministro, protección del medio ambiente y niveles equivalentes de competencia en todos los Estados miembros”. Igualmente, al poner de nuevo el acento en los consumidores “los intereses de los consumidores deben constituir el núcleo de la presente Directiva”.⁵¹⁰. También, en conexión lógica con lo anterior, el Considerando 50, cuando afirma que “Deben reforzarse las obligaciones de servicio público, inclusive en materia de servicio universal, y las consiguientes normas mínimas comunes para asegurarse de que todos los consumidores, en particular los vulnerables, puedan beneficiarse de la competencia y los precios justos”.

⁵⁰⁹ En el mismo sentido, se detalla el contenido de las obligaciones de servicio público en particular con las medidas relativas a la protección del consumidor, en los apartados 5 a 11 del citado artículo 3 de esta Directiva.

⁵¹⁰ Considerando 51 de la Directiva 2009/72/ C, de 13 de julio de 2009

4.8 Desarrollo Jurisprudencial.

Los documentos antes estudiados han permitido el desarrollo de una definición precisa de los servicios de interés económico general, y de la aplicabilidad de las normas de competencia. Sin embargo, ha sido tal vez la jurisprudencia donde mayores avances se han logrado en este sentido, por lo que a continuación se hace un análisis de tres de las más importantes decisiones respecto a los SIEG.

- **Decisión Ijsselcentrale.** En una Decisión relativa al sector eléctrico, Decisión Ijsselcentrale, sobre importación y exportación de energía eléctrica en los Países Bajos, la Comisión entiende que SEP y los productores tienen la obligación de garantizar el funcionamiento fiable y eficaz del suministro público nacional de electricidad, con los menores costes posibles, y a ofrecer el suministro a las empresas distribuidoras, dedicándose en consecuencia a prestar servicios de interés económico general, cumpliéndose el requisito del apartado 2 del artículo 90 al tratarse de empresas encargadas de dichos servicios.

En esta Sentencia, de gran calado jurídico, la Comisión parte de la noción objetiva de interés intracomunitario identificando, en principio, “interés de la Comunidad” con mercado común en condiciones de competencia no falseada, para deslizarse después en el campo de la discrecionalidad y la apreciación subjetiva del alcance de este término. *“Resulta claro –señala la Sentencia citada– que la obstrucción de las importaciones y exportaciones resultante del artículo 21 del acuerdo de cooperación, afecta al comercio de un modo contrario al interés de la Comunidad. A la luz de los esfuerzos de la Comunidad para lograr un mercado interior de la energía, dicha obstrucción a las importaciones y exportaciones, que además se pretende continúe durante 25 años, no puede ser aceptada”.*

La valoración del equilibrio entre la aplicación de las reglas de competencia y el cumplimiento de las misiones de interés económico general en la aplicación del artículo 90.2 es difícil, correspondiendo, según la Comisión⁵¹¹, *“al Estado miembro la*

⁵¹¹ Decisión Correos, 91/50/CEE, DOCE serie L núm. 28, de 2 de febrero de 1991.

carga de la prueba de que la aplicación de las normas del Tratado CE produce, en su caso” el efecto de impedir el cumplimiento de la misión.

Esta valoración se realiza teniendo en cuenta la necesidad objetiva y el principio de proporcionalidad⁵¹², como se pone de relieve por la Comisión en la Decisión Correos⁵¹³, pues *“no está demostrado que una situación de competencia en el mercado de correo rápido internacional perjudique al servicio postal básico ni que la exclusión de la competencia sea una medida decisiva para el equilibrio financiero de Correos. La necesidad de extender la posición dominante de dicho servicio al mercado del correo rápido internacional, importancia secundaria para Correos, no es una necesidad objetiva que justifique la supresión de la competencia en este mercado”*.

Respecto al segundo criterio del artículo 90.2, que el desarrollo de los intercambios no quede afectado en forma tal que sea contrario al interés de la Comunidad, sólo se analizará si se ha cumplido la condición anterior, consistente en la imposibilidad de cumplir con la misión de interés general si se aplican las reglas de competencia⁵¹⁴.

- **Caso Corbeau.** Un caso muy importante en relación con los servicios de SIEG fue el caso conocido como Corbeau⁵¹⁵ en 1993. Un procedimiento penal fue abierto en contra del señor Corbeau un hombre de negocios de la Liège por infringir la ley Belga que establecía el monopolio postal en ese país. Corbeau se encontraba operando un servicio de entrega *“express”* en el área de la Liège, pero sin que tal servicio

⁵¹² Respecto al principio de proporcionalidad, conviene referirse a la Sentencia del Tribunal de Justicia Collectieve Antennevoorziening Gouda, de 25 de julio de 1991, sobre limitaciones de la libre prestación de servicios y el principio de proporcionalidad, en la que se declara que el principio de proporcionalidad exige que no se limite la libertad de un modo mucho más intenso de lo necesario para la consecución del objetivo propuesto.

⁵¹³ Ver Decisión Correos, antes citada.

⁵¹⁴ En la Decisión Ijsselcentrale la Comisión entiende, una vez ha concluido que no se cumple el requisito de imposibilidad de cumplimiento de la misión de interés general por la aplicación de las reglas de competencia, que no es necesario analizar el requisito de que los intercambios no se vean afectados de manera contraria al interés de la Comunidad, si bien realiza dicho análisis, considerando que no se cumple en absoluto, pues la excepción a las reglas de competencia tendría un impacto tan negativo sobre el comercio que no se cumpliría lo dispuesto en el art. 90.2.

⁵¹⁵ Caso 3120/91 ECR I – 2 533 (1995)

involucrarse el servicio de envío de cartas diario. El Tribunal Europeo después de estudiar con detenimiento los artículos 86(1) y 86(2) se cuestionó si el monopolio postal establecido en Bélgica era necesario para cumplir con el objetivo encargado a través de la concesión del SIEG.

En otras palabras el Tribunal entra a cuestionar si los derechos exclusivos concedidos a la empresa prestadora del servicio eran absolutamente necesarios para conseguir el fin perseguido, cual era la provisión del servicio universal. Más aún se cuestiona si todas las actividades del servicio –propias o en relación directa con éste- debían estar cobijadas por dichos derechos de exclusividad o si podrían ser liberalizadas en algunos casos. Como señala la referida decisión judicial, se reconoce, de una parte, el carácter de los “servicios de interés económico general”; con unas obligaciones de “servicio público”, centradas en la “recogida, transporte y distribución de correo”; obligaciones que incorporan una nota de “universalidad”, ya que alcanzan “a la totalidad del territorio del Estado”, y deben asegurar el mismo tratamiento tarifario y calidad. Así, lo expresan los fundamentos de la Sentencia:

“15. Por lo que respecta a los servicios de que se trata en el asunto principal, es innegable que la Régie des postes está encargada de un servicio de interés económico general, consistente en la obligación de efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo, en beneficio de todos los usuarios, en la totalidad del territorio del Estado miembro interesado, a unas tarifas uniformes y en condiciones de calidad similares, sin considerar las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual.

16. En consecuencia, se trata de examinar en qué medida es necesaria una restricción de la competencia o, incluso, la exclusión de toda competencia de otros operadores económicos, para permitir el titular del derecho exclusivo cumplir su misión de interés general y, en particular, disfrutar de condiciones económicamente aceptables.

17. Para efectuar dicho examen, procede partir de la premisa de que la obligación que incumbe al titular de dicha misión de garantizar sus servicios en

condiciones de equilibrio económico presupone la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables y, en consecuencia, justifica una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicamente rentables.

18. En efecto, si se autorizara a empresarios privados a hacer la competencia al titular de los derechos exclusivos en los sectores, elegidos por los primeros, correspondientes a dichos derechos, podrían concentrarse en las actividades económicamente rentables y ofrecer, en ese sector, tarifas más ventajosas que las practicadas por los titulares de los derechos exclusivos, dado que a diferencia de estos últimos, no están económicamente obligados a efectuar una compensación entre las pérdidas registradas en los sectores que no son rentables y los beneficios obtenidos en los sectores más rentables.

19. Sin embargo, la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, dissociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el sector geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo.

20. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si los servicios controvertidos en el litigio que ha sido sometido responden a estos criterios.”

La conclusión de esta importante decisión judicial en el ámbito europeo es clara: los derechos exclusivos en los servicios postales pueden existir en el ámbito europeo, siempre y cuando éste hubiese pasado por el “test” establecido en el apartado 19 de la propia Sentencia. Según lo anterior, es posible que un Estado cree o mantenga el derecho exclusivo de un prestador del servicio postal en aras de asegurar el servicio

universal, siempre y cuando se estudie en cada caso concreto los límites que se podrían imponer cuando existan servicios o segmentos de mercado en donde la competencia sea posible.

En la Directiva Europea del paquete de medidas del sector postal establece los límites para fijar un monopolio postal “legal” pero también explica las circunstancias en las cuales un monopolio legítimo puede ser considerado culpable de la infracción de normas propias del derecho a la competencia.

- **Caso Almelo.** En el sector eléctrico, destaca igualmente la Sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 27 de abril de 1994 (en el Asunto 393/92, Almelo, ECR, pág. 1508), en el que el Tribunal considera que los artículos 85 y 86 del Tratado CE (relativos a las reglas de defensa de la competencia) *“se oponen a que una empresa de distribución regional de energía eléctrica aplique una cláusula de compra exclusiva incluida en las condiciones generales de venta, que prohíbe a los distribuidores locales importar electricidad destinada a la distribución pública y que, habida cuenta de su contexto económico y jurídico, afecta al comercio entre los Estados miembros”*, añadiéndose respecto al artículo 86 *“en el supuesto de que dicha empresa de distribución regional forme parte de un grupo de empresas que ostente una posición dominante colectiva en una parte sustancial del mercado común”*.

Y respecto del artículo 90.2 declara el Tribunal que *“El apartado 2 del artículo 90 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que la aplicación, por parte de una empresa regional de distribución de energía eléctrica, de una cláusula de compra en exclusiva de este tipo no resulta afectada por las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado, en la medida en que dicha restricción de la competencia sea necesaria para permitir a dicha empresa garantizar su misión de interés general. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si se cumple dicho requisito”*.

En definitiva, corresponde al Juez nacional remitente de la cuestión prejudicial analizar esta cuestión para lo cual el Tribunal da algunas pautas como la de las *“condiciones económicas en que debe operar la empresa en razón de las limitaciones que se le imponen y, en particular, los costes que debe soportar y las normativas, especialmente*

en materia de medio ambiente, a las que se encuentra sometida”, confirmando de esta manera los criterios referidos por el tribunal en el Asunto Corbeau.

Por tanto, el caso Almelo versa sobre un distribuidor regional de energía – concesionario sin derechos de exclusividad- que impone una cláusula a sus clientes – todos ellos distribuidores locales de electricidad- de compra exclusiva de energía.

Dicha estipulación contractual les impide a dichos distribuidores locales importar electricidad de un proveedor distinto. A su vez, en relación causal, los distribuidores locales imponen al consumidor final una cláusula de exclusividad.

La cuestión clave del presente caso en nuestro tema de estudio, se decide en la Segunda Cuestión de la decisión en la cual el Tribunal plantea si los artículos 37, 85, 86 y 86 del Tratado se oponen a la aplicación de la mencionada cláusula de compra exclusiva de electricidad introducida por el Distribuidor regional.

En un primer momento el Tribunal sostiene que de conformidad con el artículo 30 del Tratado, la electricidad debe ser considerada como una mercancía, por lo que el artículo 37 del mismo debe ser aplicado de forma directa.

Adicionalmente recuerda el Tribunal que en reiterada jurisprudencia ha establecido que cuando una empresa goza de una posición de dominio, cualquier cláusula que obligue a sus compradores o consumidores a comprar de forma exclusiva el bien objeto de la relación comercial, deberá ser considerado como un abuso.

Aún así el artículo 86 apartado segundo del Tratado, establece que las empresas que presten servicios de interés económico general podrán eludir las normas sobre competencia, en la medida en que dicha elusión se haga estrictamente necesario para lograr los objetivos del servicio. De conformidad con lo expresado por el Tribunal:

*“El apartado 2 del artículo 90 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que la aplicación por parte de una empresa regional de distribución de energía eléctrica de una cláusula de compra en exclusiva de este tipo no resulta afectada por las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, en la medida en que dicha restricción de la competencia sea necesaria para permitir a dicha empresa garantizar su misión de interés general”.*⁵¹⁶

Según el Tribunal le corresponde al órgano jurisdiccional remitente examinar si se cumple dicho requisito.

- **Caso Almarks Trans.** El 24 de julio de 2003 en el asunto Almark Trans (Impugnación por una empresa de la concesión administrativa del servicio de pasajeros por autocar a un competidor) el Tribunal sentó las bases para la financiación de los SEIG. En dicha decisión el Tribunal estableció los siguientes requisitos con el fin de que la financiación de los SIEG no fueran catalogados como ayudas estatales prohibidas expresamente por el artículo 87 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Las condiciones fueron las siguientes:
 - Que la empresa beneficiaria esté efectivamente encargada de la ejecución de las obligaciones derivadas de los SIEG, y que sus obligaciones hubiesen sido definidas claramente.
 - Que los parámetros del cálculo de compensación hubiesen sido establecidos previamente de forma clara.
 - Que la compensación fijada no exceda la sumatoria de los costos, los gastos y un beneficio razonable por la prestación del servicio.
 - Que la empresa prestadora del servicio hubiera sido elegida por medio de un procedimiento propio del marco regulatorio de la contratación pública, o que en su defecto, la compensación hubiese sido calculada teniendo como

⁵¹⁶ Nota. El artículo 90 al cual hace mención esta sentencia es el actual artículo 86.

parámetro los costes y el beneficio razonable de una empresa de similares características bien gestionada.

CAPÍTULO QUINTO

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL. LA PROGRESIVA ACOMODACIÓN AL ORDENAMIENTO ELÉCTRICO ESPAÑOL DE LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS JURÍDICAS DEL DERECHO ELÉCTRICO EUROPEO. UNA LEY GENERAL DE ENERGÍA

El cuadro normativo eléctrico español actual ha seguido un camino liberalizador concordante con los principios y postulados derivados del mercado interior eléctrico, mostrando así en su concepción y desarrollo una clara influencia del nuevo derecho administrativo económico comunitario. Hasta ahora, y para apreciar adecuadamente la inserción de los principios y técnicas comunitarias en el Derecho eléctrico español debe valorarse la forma en que se ha ido diseñando y concretando el modelo del mercado interior eléctrico desde la perspectiva española, en virtud de la aplicación del principio de subsidiariedad. Así, se ha diseñado en nuestra opción en dos tiempos –el insuficiente de la LOSEN y el posterior de las Leyes de ordenación del sector– un modelo de transición a la competencia que respeta, e incluso en no pocos aspectos ha ido superando en vocación de apertura, las exigencias de la norma comunitaria con sus correspondientes efectos en modo de conformación de un nuevo régimen jurídico, aún incompleto pero avanzado, de reordenación institucional, reestructuración empresarial, y dinámica de reforma en el conjunto del sector.

Este proceso cuenta con unos orígenes –los que marcan la trayectoria inicial del sector hasta la década de los ochenta– de los que parten unos antecedentes próximos –regulatoria, jurídica y económicamente–, unos principios y medidas –los comunitarios– que demandaban su integración en el ordenamiento nacional; unas posibilidades aplicativas derivadas también del modelo europeo –las que resultan del principio de subsidiariedad expresado en la ordenación sectorial eléctrica–, unas pautas institucionales que le han servido de inspiración –los escasos procesos anteriores de reforma en el continente europeo, es decir, Inglaterra y Gales⁵¹⁷ y el Nordpool y el desigual ejercicio desregulador

⁵¹⁷ Como se afirma en el Second Report titulado Consequences of Electricity Privatisation. Volumen I, del House of Commons (Session 1991–98), de 26 de febrero de 1992, “la privatización del sector eléctrico británico no fue un experimento académico sino la transformación de una empresa fundamental de servicio público (utility)”.

norteamericano—, una situación en presencia de energías primarias, posibilidades de nuevos emplazamientos, grado de realización del mercado interior en otros Estados de la Unión, e interconexiones; y unos hábitos competitivos débilmente articulados. Estos ingredientes deben ser, a mi juicio, analizados y ponderados individualmente y en su conjunto, para emitir una valoración consistente sobre el diseño y grado de avance del modelo español y sobre su evolución y perspectivas futuras. Y para deslindar, con la mayor precisión posible, aquellos ambitos de actuación y competencia nacional, de otros que ya actúan en la esfera propiamente europea, con un grado notable de comunitarización en su definición y aplicación, en el sector o, según la vertiente que se examine, en el sistema eléctrico.

1. ANTECEDENTES. EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL: BREVE APUNTE HISTÓRICO. LA REVOLUCIÓN DE LA ELECTRICIDAD EN LA SOCIEDAD DE FINALES DEL SIGLO XIX Y PRINCIPIOS DEL XX.

La penetración industrial del gas fue anterior a la electricidad si bien permitió ir perfilando un camino industrial, económico y jurídico que serviría de base, especialmente en el ámbito local, al primer desarrollo de la industria eléctrica⁵¹⁸.

La difusión de gas manufacturado como medio de iluminación permanecerá durante toda la primera mitad del siglo XIX.⁵¹⁹

⁵¹⁸ El punto de partida de la introducción industrial del gas puede ser fijado en los primeros ensayos de Murdoch en su casa de Cornouailles en 1792, realizados en la manufactura londinense de Watt y Bouton en 1798 y las experiencias de Lebon, recogidas en las patentes de invención registradas en 1799 y 1801; luego seguirían otros inventos y realizaciones como las de las turbinas de Fourneyron (1872), el transformador de Gaudard (1881), o el transporte a distancia de Desprez (1883).

⁵¹⁹ Algunos habitantes se benefician precozmente de esta realización industrial en algunas ciudades del Reino Unido como Londres 1812, Birmingham en 1817, Liverpool en 1818; y en el continente europeo lo encontramos en París en 1817, Bruselas en 1819, Berlín 1826, Dresde 1828, o Róterdam 1827; en Estados Unidos observamos la aparición del gas manufacturado en Baltimore en 1816. Sin embargo, otras ciudades importantes como Viena en 1845, o Praga en 1847, y Buenos Aires en 1856, el mismo año que Melbourne, no recibieron los beneficios de la energía eléctrica en sus calles hasta años más tarde. No se produce la generalización de estos usos hasta la mitad del siglo en las grandes aglomeraciones urbanas y hasta el comienzo de la década de 1870 en las villas menos pobladas

El alumbrado por gas se instaló en Viena en 1833 y en San Petersburgo en 1835, llegando por la misma época a Madrid, y en 1842 a Barcelona, donde la concesión de la instalación y explotación del nuevo sistema se le había otorgado al hombre de negocios francés Charles Lebon, responsable de la Sociedad Catalana de

Desde la fábrica, el gas se conduce por la ciudad a través de un complejo mallado de canalizaciones. Este sistema constituye la primera red energética para la iluminación y, por la utilización de la vía pública que provoca, exige desde el comienzo la intervención de los poderes públicos a través de las correspondientes habilitaciones administrativas. Así se hace preciso definir el perímetro de los concesionarios, que conduce a la rápida aparición del monopolio en beneficio de una Sociedad concesionaria –de facto o de iure– para una zona definida.

Un comienzo muy débil pero perceptible de la electricidad se aprecia entre los años 1880 a 1890. Un comienzo que, a juicio de Alain Beltrán⁵²⁰ permite predecir un nuevo mundo moderno.⁵²¹

Las experiencias previas de salón no habían permitido hacer avanzar la ciencia pero participan de las controversias de su tiempo. La pila de Volta nace en una de las disputas intelectuales propias de la Europa de las Luces. Con las diferentes pilas y los avances de la ciencia (Amperio y Faraday) el siglo XIX se abre a las aplicaciones prácticas. Un palacio de electricidad se presenta en la Exposición Universal de 1900. Más tarde, se avanzó gracias a

Alumbrado por Gas. En 1846 se hizo cargo del servicio en Madrid la Compañía Madrileña de Alumbrado y Calefacción por Gas.

Martos de Castro, F. (1972). “Aportación para una historia de la industria del gas en España”. Economía Industrial. Madrid.

La noche del 31 de diciembre de 1813 se encendieron por vez primera los faroles de gas en el puente de Westminster sobre el Támesis y, a comienzos del año siguiente llegaba el servicio de gas al barrio londinense de Saint Margaret. (Derry, T.K. y Williams, T.J. (1960). “A short history of technology”. Oxford University Press).

Baltimore, Boston, Nueva York y Filadelfia fueron las primeras ciudades de los Estados Unidos donde se introdujo el servicio público de gas. Hannover fue la primera alemana, en 1825 al establecerse a través de la Imperial Continental Gas Association, compañía británica fundada en 1820 para explotar el negocio del gas en Europa continental (Flinkowstroen, C. Von (1965). “Historia de la técnica”. Labor. Barcelona).

⁵²⁰ Ver: *Energie et Société*, bajo la dirección de B. Berkovski, Pierre Bauby, Alain Beltrán y Vicente López-Ibor Mayor. París, Publisud, 1995.

⁵²¹ John Stuart Mill destacó en 1848 el gran ahorro de trabajo que podría obtenerse si Londres fuese abastecido por una única compañía de gas y no por el número amplio de empresas que la abastecían entonces. “Si existiera una única compañía –escribió– podrían reducirse las tarifas manteniendo el nivel de los beneficios actuales” (A. Beltrán, *Energie et Société*, citado).

los experimentos de Archereau y Foucault en el desarrollo de aparatos electromecánicos, partiendo del principio de la inducción magnetoeléctrica⁵²². Luego llegaron los progresos de Pixii, Saxton, Clarke, Stöhrer, Nollet, Holmes, Wilde, Siemens, Yablochkov, y otros.

La primera central eléctrica para servicio público en Alemania se instaló en 1850. Estaba emplazada en Berlín y contaba con 6 generadores de corriente directa de 100 kw cada uno. En 1885 se suscribe el primer contrato de concesión entre la ciudad de Berlín y la Sociedad Edison S.A., dando así comienzo la distribución pública de electricidad en aquel país. En la República Checa la primera instalación pública de energía eléctrica entró en servicio en 1889 en Praga.⁵²³ Asimismo, en Alemania se empieza a crear, en el mismo período, la industria sectorial.⁵²⁴

Por otra parte, cabe destacar que las compañías privadas concesionarias en Francia eran cien años atrás paradójicamente compañías multiservicios: gas, agua y electricidad, como hoy lo son algunas de las principales empresas de dicho país en estos sectores.⁵²⁵ A dicho modelo responde, a finales del siglo diecinueve la Compañía parisina de distribución de electricidad (Compagnie parisienne de distribution d'électricité, CPDE).

Con capital español y por tanto enteramente independiente de las anteriores, surge en 1895 la Sociedad de Electricidad Chamberí fundada por don José Batlle y Hernández con un

⁵²² Faraday, M. (1839). *“Experimental researches in electricity”*. Dover. Nueva York. 1965.

⁵²³ Ver, el capítulo destinado a describir el desarrollo histórico de la energía eléctrica en la República checa, y que tiene por autor a P.Erban, en la obra colectiva *“Organisation et régulation des systèmes électriques”*. UNESCO, 1993, en el mismo documento se recuerda como el “desarrollo caótico de la electrificación en la antigua Checoslovaquia obligó a la promulgación en 1919 de la ley nº 438 titulada “Apoyo del Estado al desarrollo de la electrificación sistemática”.

⁵²⁴ En 1898 el empresario Hugo Stinnes promueve la fundación de la Rheinisch–Westfälisches Elektrizitätswerk (actual RWE) como Sociedad por acciones, si bien el porcentaje accionarial en manos de empresas municipales ascendió diez años más tarde, al 30% de la compañía. El nacimiento de la compañía encuentra su justificación en la explotación de una central eléctrica, la primera del país, situada en la mina de carbón del Land de Essen, Victoria Mathies.

⁵²⁵ Piénsese en el caso de Veolia Environnement, la antigua General des Eaux, que es en la actualidad el principal Grupo empresarial de servicios medioambientales (agua, transporte, energía y residuos) del mundo. O en Suez Lioneaux des Eaux, fusionada recientemente con Gaz de France.

capital de un millón de pesetas que pronto se eleva a tres. Esta Empresa estableció su fábrica en la calle de Trafalgar nº 1, con capacidad para suministrar a 5.000 luces o más.⁵²⁶

Según una estadística de este mismo año, existían en Madrid unas 350.000 lámparas en funcionamiento. Otras dos importantes centrales surgen al finalizar el siglo. La primera es promovida por la Sociedad Continental para Empresas Eléctricas, domiciliada en Nuremberg y sucesora de Schucker, que aceptando la cooperación de capital español crea la Compañía Eléctrica Madrileña de Alumbrado y Fuerza.

La segunda de dichas centrales, promovida por capital español, es la que en la calle del Gobernador de Madrid establece la Sociedad de Electricidad del Mediodía, para la cual solicita don José Batlle en septiembre de 1900 la licencia municipal para el tendido de cables hasta la Plaza de la Independencia por un lado, y por otro a la Puerta del Sol, Plaza del Ángel, de Santo Domingo, calle de Santiago, costanilla de San Justo, Plaza de la Cebada, calle de la Magdalena y calle de Atocha.⁵²⁷

El 23 de julio de 1894 se otorga escritura pública de creación de la Compañía Sevillana de Electricidad, que acomete un año más tarde la construcción de su primera central eléctrica en el municipio de Sevilla, al obtener la licencia que le permitía, de acuerdo con las

⁵²⁶ Se propone acometer también la fabricación de acumuladores del sistema Tudor ya que se espera para ellos un amplísimo campo en la tracción eléctrica de tranvías y automóviles particulares, aunque en los primeros se establece pronto el predominio del sistema de hilo de contacto. En cuanto a los segundos, ya existía en París una empresa de taxis eléctricos cuando en 1899 se trae a Madrid el primer vehículo, fabricado por la Compañía Pope de EE.UU., el cual se exhibía a diario en la Castellana movido por acumuladores de Chamberí. Para esta actividad fundó don José Batlle la Sociedad General de Tracción Eléctrica y Automóviles, con importante taller en Zurbano nº 53, el cual disponía de dos dinamos Hillman de 35 kW.

Asimismo, la Compañía del Ferrocarril Metropolitano de Madrid se constituiría en 1885, aunque al poco tiempo se vio obligada a vender la mayor parte de sus concesiones a la Sociedad del Tranvía Central Eléctrico de Madrid, que a su vez fue absorbida en 1899 por la empresa alemana “Sociedad General para Empresas Eléctricas de Nüremberg”. Esta Compañía disponía así de las concesiones sobre tracción eléctrica de la vía estrecha o métrica en la que operaban por Madrid los primeros tranvías en pleno período inicial de electrificación de este servicio público. En este mismo sentido el 31 de marzo de 1900 se constituye la Compañía Eléctrica Madrileña de Tracción (C.E.M.T.) con un capital de 6 millones (*Diego Gutiérrez Gómez: Aquellos tranvías de Madrid, págs. 113–114. Ediciones La Librería. 2001*).

⁵²⁷ Se constituye en Madrid el 7 de noviembre de 1902 la Sociedad de Gasfiliación Industrial bajo la presidencia del Marqués de Urquijo con un capital de 8.000.000 de pesetas, y bajo la dirección del arquitecto don Luis de Landecho Urries se construye una gran fábrica en terrenos del Cerro de la Plata, en la que se instalan seis motores de 2.000 caballos cada uno, que accionan alternadores Kolben y Cía. de Praga, y se encarga la fabricación de los elementos productores del gas a Duro Felguera.

bases establecidas por dicho Ayuntamiento y tras alcanzar un acuerdo empresarial con el Allgemeine Elektrizitäts Gesellschaft (AEG) y el Deutsche Bank, la gestión de dicha concesión de suministro, por un período de noventa años⁵²⁸, para establecer una fábrica de electricidad con destino al alumbrado de establecimientos y particulares⁵²⁹.

La Compañía General Madrileña de Electricidad, constituida en 1889 con un capital de tres millones de pesetas que poco después se eleva a seis, tiene además casi 40.000 obligaciones, de las cuales el 55 por 100 son de 500 pesetas y el resto de 500 francos ya que su promotor es francés. Su único accionista es la Compañía Madrileña de Alumbrado y Calefacción por Gas, que, tras su constitución en 1865, obtiene un contrato por 50 años con el Ayuntamiento de Madrid.⁵³⁰

⁵²⁸ Ver Antonio Miguel Bernal “Etapa fundacional y proceso integrador de las Compañías matrices del sur peninsular (1894–1968)”.

⁵²⁹ Las bases citadas se articulan en 26 condiciones, por las que el Ayuntamiento cede al concesionario el disfrute de los emplazamientos asignados a las canalizaciones respectivas y se incluye la cláusula de “progreso de la ciencia” a la manera como había sido instituida en el primer modelo concesional del sector gasista: *“El concesionario quedará obligado a establecer en las canalizaciones todas aquellas mejoras y adelantos que el constante progreso de la ciencia eléctrica española señale como convenientes o ventajosos”*.

⁵³⁰ Eduardo Gallego, Director de la revista La Energía Eléctrica, publica en el número del 25 de febrero de 1912, recién constituida Unión Eléctrica Madrileña, un artículo digno de ser reproducido, al menos parcialmente:

“Locura industrial. LA COMPETENCIA DE LAS ELÉCTRICAS.

El gran público madrileño presencia gozoso el espectáculo deplorable que ofrecen hoy las dos principales empresas abastecedoras de energía eléctrica en esta corte, la recién constituida, Unión Eléctrica Madrileña y la Cooperativa Electra Madrid, que para comenzar su normal funcionamiento, precisa por lo visto llevar hasta el último extremo su acción perturbadora dentro de una industria tan decaída en Madrid, como la de producción del citado fluido.

Del asunto eléctrico en esta capital nos venimos ocupando ya con tanta frecuencia, que bastan de momento dos palabras, dedicadas a comentar el acuerdo tomado por ambas sociedades de reducción a partir de 1º de marzo los ya bajos precios de la energía eléctrica hasta la ridícula cifra de 0,25 pesetas el kilovatio hora para alumbrado la Unión Eléctrica Madrileña y 0,20 la misma unidad la Cooperativa. Ni nos corresponde ni queremos señalar cuál de ambas sociedades es más culpable de haber llegado a situación tal de tirantez que a cambio de una reducción que el público ni solicita ni agradece, se vicia tan funestamente el mercado y se causan gravísimos perjuicios a las restantes sociedades distribuidoras de fluido, perjuicios que las propias entidades, que a extremos tan inconcebibles llevan su competencia, son las primeras en tocar.

.....

... el encono a que en la lucha se ha llegado, hace sospechar que ésta será muy breve, pues no es de suponer, que la Cooperativa se decida a enterrar los 8 ó 10 millones que aún le faltan por gastar si pretende canalizar todo el término municipal de Madrid, sin sacar utilidad a los ya empleados, ni que la Hidroeléctrica Española a pesar de sus 20 millones de capital, se siga conformando con no percibir un céntimo por el suministro a la Cooperativa, ni que la Unión Eléctrica Madrileña se avenga a no repartir una peseta y usar quizás el crédito de sus banqueros para completar con la recaudación los gastos de la explotación e impuestos.

Por otra iniciativa análoga, también en 1907 se inicia la construcción del Salto del Molinar en el río Júcar, cuya potencia prevista es de 24.000 caballos de los cuales se destinan 8.000 a Madrid y el resto a Valencia y otros puntos de Levante. Dicho Salto es el comienzo de las actividades de la Sociedad Hidroeléctrica Española, fundada en el mismo año con 12.000.000 de capital y cuyo objeto es la construcción de los Saltos en los ríos Tajo y Júcar cuyas concesiones posee la Sociedad Hidroeléctrica Ibérica, y el transporte de su energía a Madrid, Valencia o a alguna otra población. A la nueva sociedad aporta Hidroeléctrica Ibérica el Salto del Molinar construido y las otras concesiones, valorado todo ello en 4.750.000 pesetas. Esta energía llega a Madrid en el segundo semestre de 1910 para ser distribuida por otra empresa creada con este fin cuya denominación sería Sociedad Electra⁵³¹. En otros países europeos se desarrollan vías industriales análogas tanto en redes de transmisión⁵³², como en la inicial conformación del sector⁵³³.

Que a esta inteligencia se llegue cuanto antes (y ello será fácil si personas ajenas a dichas entidades y de reconocida competencia emprendieran con alto espíritu de concordia las necesarias gestiones), es lo que conviene a la industria española en general y a la eléctrica en especial, que hartos malos ejemplos tiene ya dados de los desastrosos resultados a que se llega olvidándose de lo esencial en los negocios emprendidos colectivamente (sociedades anónimas y comanditarias) y exacerbandos el alcance de competencias siempre ruinosas”.

José M^a García de la Intanta. *“Primeros pasos de la luz eléctrica en Madrid y otros acontecimientos”*. Ediciones Fondo Natural. Madrid. 1987.

⁵³¹ Hidroeléctrica Española absorbería, entre otras, a las siguientes Sociedades, creadas antes de 1901: Eléctrica de los Carabancheles (1893); Fábrica de Electricidad del Norte (1894); Sociedad Hidroeléctrica de Valencia (1894); La Electricista Alcoyana (1894); Sociedad Eléctrica de Chinchilla (1895); Sociedad de Electricidad de Chamberí; Sociedad Eléctrica La Rosa (1898); Central Eléctrica de Leganés (1900), etc.

En 1880 se constituyó la Brush Electric Light and Power Company de Nueva York. Un año más tarde los profesores de física de Filadelfia Elihn Thomson y Edwin S. Houston comenzaron a interesarse en el alumbrado eléctrico perfeccionando el sistema de Brush (*Slingo, Brooker, A., Ritter von Urbanitzky y Perry, J. 1895. The encyclopedia of electrical engineering 1. Gebbie Pub. Co. Filadelfia*). Cuando la empresa fundada por los inventores tomó el nombre oficial de Thomson–Houston Electric Company (1883) ya había instalado 22 plantas, y seis años después absorbía a la Brush dominando la industria estadounidense del alumbrado por arco voltaico.

El 15 de octubre de 1878 se había creado la Edison Electric Light Company con el apoyo de varias firmas bancarias –entre ellas, de modo prominente, la Banca Morgan–, con el fin de financiar el desarrollo del sistema de alumbrado eléctrico de Edison y explotar las patentes que se obtuvieran al respecto. El capital inicial aportado fue de 300.000 dólares. De las 3.000 acciones que se emitieron, Edison recibió 2.500 más 30.000 en efectivo, para comenzar sus experimentos. Aunque el desarrollo del sistema hasta su fase comercial se demoró más de lo esperado y costó casi 500.000 dólares, al final resultó ser un excelente negocio.

Edison fundó otras compañías para la fabricación de equipo eléctrico: la Edison Lamp Company (en 1880, para la fabricación de lámparas incandescentes); la Edison Tube Company (en 1881, para la fabricación de canalizaciones eléctricas subterráneas); y la Edison Shafting Company (1884) para la fabricación de

máquinas. En 1889 se constituye la Edison General Electric Company, que se fusionará años después con la Thomson-Houston que había absorbido a la Brush, para crear el gigante norteamericano de la época: la General Electric Company, que dominaba el 80% del mercado del país (*Rondo Cameron, repasa los primeros pasos de la industria eléctrica en su excelente "A concise economic history of the world" tirad edition. Oxford University press, Nueva York-Boston, 1997, págs.198 a 202, en ella señala los avances producidos en el desarrollo de las aplicaciones electrotécnicas desde el descubrimiento en 1807 por Sir Humphry Dhabí de la electrólisis, y los progresos ulteriores de la mano de sus estudiantes, Michael Faraday, el físico danés Hans Oersted y el matemático francés André Ampere, hasta la creación de la patente de la lámpara eléctrica por Edison en 1879, el mismo año en el que Werner von Siemens inventaba en Alemania el "electric tram")*).

Probablemente, la primera central eléctrica que se construyó fue en la ciudad de San Francisco, en 1879. Dos poblaciones inglesas, Chesterfield y Norwich, electrificaron su alumbrado público en 1881 y 1882 (*Bowers, B. 1982. "A history of electric light and power". Peter Peregrinus. Science Museum, Steverage*).

En 1881 se crea la Westinghouse Electric Company, cuyo fundador desarrolló un sistema universal en el que un único generador polifónico –en una estación central, situada cerca de fuentes de energía, carbón o agua– producía la electricidad que se transportaba en alta tensión a subestaciones locales donde se transformaba la tensión requerida por el usuario. Como nos recuerda Eloy Alvarez Pelegrí (*ver Economía Industrial del Sector Eléctrico: Estructura y Regulación. Eloy Alvarez Pelegrí. Biblioteca Civitas Economía y Empresa. 1997. Pág. 357*) las ventajas de este nuevo sistema fueron enormes, lográndose notables economías de escala en generación ya que el transporte requería una única línea y de esta forma un solo generador podía atender grandes áreas y el sistema podía beneficiarse de la diversidad de cargas.

El 4 de julio de 1886 una compañía eléctrica surge para abastecer por primera vez con alumbrado público la ciudad de Visalia, compañía que se convertiría poco más tarde en la Southern California Edison Company.

En 1900 aparecen compañías eléctricas capaces de servir en los centros urbanos. Chicago, por ejemplo, donde existen 47 compañías que ofrecen el servicio eléctrico en distintas partes de la ciudad. El primer holding eléctrico se creará en 1905 con la Electric Bond y Share Company. El Estado de New Jersey, en 1920, fue el primero en establecer una regulación específica que promoviera los holdings eléctricos (Corporaciones) instituyendo la facultad especial de que dichas Corporaciones tuvieran acciones de otras empresas.

Georgia y Nueva York, bajo el impulso de su Gobernador Evan Hughes, así como Wisconsin establecen Comisiones estatales de servicio público en 1907, y en breve espacio de tiempo, más de veinte Estados de la Unión se suman a este primer ensayo regulatorio, cuyo poder de supervisión incluye el otorgamiento de franquicias (licencias para la instalación de las industrias y la autorización y habilitación de la actividad; la regulación de sus tarifas y la calidad del servicio y el control de costes del servicio). En 1930 todos los Estados de la Unión, excepto Delaware, disponían de Comisiones Reguladoras.

El modelo adoptado por el Estado de Wisconsin, bajo el impulso político de su Gobernador La Follette, fue seguido por otras muchas leyes estatales con la misma finalidad. Dicha regulación concedía a la preexistente Comisión del Estado de transporte ferroviario competencia sobre las empresas suministradoras de servicio público de alumbrado, electricidad, agua, gas, teléfono y telégrafo, dando nacimiento a las *Public Utilities Commissions* (*el fundamento histórico del concepto de servicio público en Estados Unidos aparece en la Sentencia del Tribunal Supremo Munn versus Illinois en 1871, relativa a la determinación de tarifas de almacenamiento en los silos de grano de Illinois*). La Comisión estaba autorizada por propia iniciativa o a requerimiento de terceros a abrir pública investigación sobre el sistema tarifario o el funcionamiento general de los servicios antes aludidos y la calidad en su prestación, a través de facultades de supervisión, inspectoras y sancionadoras.

En 1887 Henry Carter Adams trató el tema del monopolio natural en su trabajo "Relation of the State to Industrial Action", clasificando las industrias en tres categorías según que sus rendimientos fueran constantes, decrecientes o crecientes con la escala. Aunque las industrias de los dos primeros casos podrían ser competitivas, las industrias con rendimientos crecientes debían ser reguladas por el Estado.

En España en 1901 se construyó la primera línea de alta tensión, entre el Molino de San Carlos, en el río Ebro y Zaragoza, con una longitud de 3 km. En Andalucía, una primera línea de muy alta tensión para aquella época (50 kilovoltios) se inauguró en 1908 para transportar a Sevilla la producción eléctrica del Salto de El Corchado, en la provincia de Málaga⁵³⁴.

Una línea de transporte de a 30 kV, Quintana–Bilbao, fue construida por Hidroeléctrica Ibérica en 1908 y en 1909 una a 66 kV, la de Júcar–Madrid–Valencia, fue construida por Hidroeléctrica Española.⁵³⁵

La creación de la Comisión Federal de Electricidad (Federal Power Commission) tiene lugar a través de la Ley Federal sobre la energía hidráulica (Federal Water Power Act) de 1920, que la instituye a fin de dotarla de poderes para otorgar las licencias administrativas correspondientes en proyectos hidroeléctricos sobre las vías navegables (*en la naciente Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), Lenin afirmaba en un discurso ante la Asamblea del IX Congreso del Partido Comunista Soviético en el año 1920 que “el comunismo es el poder de los Soviets más la electricidad”, preconizando un grandioso programa de electrificación para diez a veinte años”*).

⁵³² En los primeros años del siglo XX se va desplegando también la construcción de las redes nacionales de transportes en otros países europeos, y en los Estados Unidos (*en 1927 el Gobierno conservador de Stanley Baldwin creó la Central Electricity Board, empresa pública cuyo objeto principal será la construcción de la red nacional de transporte en Inglaterra y Gales interconectando las líneas existentes de gran número de sociedades locales. Por otra parte, la Ley francesa de 11 de julio de 1922 atribuyó al Estado a través de empresas y organismos públicos la obligación de asegurar la interconexión de la red en toda la nación, creándose la UNIE (Unión pour l'Industrie et l'Electricité) y la TEMAC (Transport d'Energie du Massif Central). Ver a tales efectos el trabajo de Ch. Stoffaes: Entre Monopole et Concurrence. Editions P.A.V. 1994. París*).

⁵³³ Peter Fox–Penner señala el nacimiento de la industria eléctrica en 1882 cuando Tomas Edison demostró que una serie de luces eléctricas podían encenderse desde una instalación de generación activada en un edificio próximo. A fines de 1880 Thomas A. Edison comenzó la fabricación en gran escala de los componentes de su sistema de alumbrado eléctrico, que incluía su lámpara eléctrica incandescente con filamento de bambú carbonizado, cuyo brillo, aunque unas veinte veces superior al de una llama de gas (*Blanc A. 1921. “Rayonnement: principes scientifiques de l'éclairage”. Armand Colin. París*), resultaba aceptable para la iluminación doméstica.

⁵³⁴ José Luis Gómez Navarro en “*Salto de agua y presas de embalse*”, Madrid 1952, nos recuerda que el primer país europeo en el que se desarrollaron líneas de transporte de alta tensión fue en Italia, en 1886, con transmisión por corriente monofásica a 2.000 voltios. Siguió Alemania, en 1891, con corriente trifásica a 12.000 voltios; y después fue aumentando gradualmente, hasta llegar en el año 1923, a 220.000 voltios. En Estados Unidos la Southern California Edison Co. inauguró, en el citado año 1923, un transporte con el referido voltaje a 390 km. de distancia, y la Pacific Gas & Electric Co. inauguró otro a igual tensión y una distancia de 302 km.

⁵³⁵ *Endesa en su Historia (1944–2000)*, publicado por la Fundación Endesa, 2001. Autores, Fernández Plasencia y Temboury.

La construcción de una red eléctrica nacional había sido propuesta por el padre Pérez del Bulgar en 1915, por la Comisión Permanente Española de la Energía en 1918 y por el primer Congreso de Ingeniería en 1919, y la Administración llegó a convocar un concurso en 1926 para su estudio y diseño.

Desde mediados de los cuarenta, las obras hidráulicas tuvieron clara preferencia sobre otro tipo de infraestructuras. A pesar de la penuria de materiales, se terminan sesenta y cinco presas –según el inventario del MOPT– algunas tan importantes como la de Tranco de Beas, en cabecera del Guadalquivir, en Jaén, y el gran pantano del Ebro, iniciado por Lorenzo Pardo.

La segunda etapa del “desarrollismo” comienza en 1953 a raíz del acuerdo con Estados Unidos y del resurgir de una tímida liberalización económica que sentaría las bases del desarrollo económico posterior.

Sin embargo la gran expansión de la política hidráulica e hidroeléctrica en España coincide con el período 1950–1970, ya que si a comienzos de siglo existían 57 presas, y estas pasaron a 168 en 1930 y 276 en 1950, en 1970 nos encontramos ya con 665, con una capacidad de embalse que alcanza los 37.150 en 1970, que producían 10.883 megavatios. A partir de entonces empieza una desaceleración porque, en lo sucesivo, el aumento corresponderá más a las centrales reversibles, que eran necesarias al crecer la masa de centrales térmicas, carentes de la modulación de las hidroeléctricas.

2. CARÁCTER DE LA PRESENCIA DEL ESTADO EN EL SECTOR: LIBERTAD INDUSTRIAL Y MUNICIPALIZACIÓN. OCUPACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL.

A juicio de Salas Hernández⁵³⁶, a través de diferentes estructuras organizativas se ejercita, desde la perspectiva jurídico–pública, una serie de funciones administrativas de intervención (de ordenación o de prestación, según los casos) en esta materia. En efecto,

⁵³⁶ Javier Salas Hernández “*Régimen jurídico–administrativo de la energía eléctrica*”, págs. 30–31. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia 1977.

junto a la eventual concesión demanial de agua pública⁵³⁷, hay que notar la existencia de distintos supuestos de contrato de obras públicas⁵³⁸; autorizaciones, tanto para producir –a partir de las distintas “fuentes primarias”, incluida la hidráulica–, como para transportarla, transformarla y distribuirla; licencias municipales de apertura de establecimiento y de obra; autorización para ocupar terrenos de dominio público; declaración de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa o imposición de servidumbre de paso; licencias de uso de bienes demaniales (otorgadas, según los casos, por la Administración del Estado o las Corporaciones Locales); fijación de las tarifas; autorización, en determinados supuestos, de “instalaciones receptoras”; reglamentación, con carácter general, de los diversos tipos de instalaciones –de producción, transporte, transformación, distribución y suministro– y de las condiciones en que ha de prestarse el servicio a los usuarios; determinación del régimen de infracciones y sanciones; otorgamiento de las distintas clases de beneficios, estímulos o compensaciones al ejercicio de la actividad industrial que nos ocupa, etc., etc.⁵³⁹

⁵³⁷ Bien para producir energía (aprovechamiento hidroeléctrico propiamente tal), bien para otros fines (por ejemplo: refrigeración de la central, cuando ésta es térmica o nuclear).

⁵³⁸ Que aparece imbricado con el de la concesión demanial hidroeléctrica en las concesiones de saltos de pie de presa, reguladas por Decreto de 18 de junio de 1943. Por otra parte, sobre el problema, en general, de la distinción del régimen jurídico de la construcción de la obra y de la concesión del servicio –que, con tanta frecuencia, se manifiestan conjuntamente– vid., en la doctrina, Fernández de Velasco, *Los contratos administrativos*, 238 s. y 256 en nota, y en la actual, por todos, García Trevijano, *Tratado*, II–I, 62.

⁵³⁹ La reglamentación del sector en la mayor parte de los países desarrollados viene determinada en origen por el fuerte papel asignado al Estado a través de los entes municipales en la regulación del mismo, bien a través de contratos de concesión o de demarcación.

Así, como en otras naciones europeas y en los Estados Unidos, en Francia el nacimiento de la industria eléctrica está, desde el punto de vista jurídico, vinculado al poder de intervención del Estado a través de los poderes locales y del otorgamiento del régimen jurídico concesional en dichas poblaciones. Tal proceso histórico comienza a ordenarse administrativamente a finales del siglo XIX, mediante dos Decretos –precedidos tan sólo de algunas Circulares ministeriales–, el primero de 1882 y el segundo de 15 de marzo de 1888 (*ver Journal Officiel de 16 de junio de 1888*) relativo a las instalaciones de conductores eléctricos destinadas al transporte de la fuerza eléctrica y la producción del alumbrado (*por Ley de 2 de octubre 1877 se autorizó al Ministro de la Gobernación para publicar las Leyes Orgánicas, Municipal y Provincial (de 20 de agosto de 1870)), incorporando a su texto las reformas comprendidas en la Ley de 16 de diciembre de 1876. El artículo 72 de su Real Decreto de desarrollo declaró de la exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos entre otros en el ámbito del “establecimiento y creación de servicios municipales “ de empedrado, alumbrado y alcantarillado”*). A este último sigue una Ley de 1895 que refuerza, elevándolo de rango, la normativa sobre la misma materia técnica (*Ley de 22 de junio de 1895 relativa al “establecimiento de conductores de energía eléctrica distintos de los conductores telegráficos y telefónicos”*). Así pues, en la República francesa, la Ley de 15 de junio de 1906 organiza la distribución de energía eléctrica confiriendo a los municipios o asociaciones de municipios el monopolio de la distribución de electricidad, que podía ser desarrollada en régimen de gestión directa o en régimen de gestión delegada de servicio público, por un período entre 30 a 50 años (*Entre Monopole et Concurrence. Sous la Direction de Christian Stoffaës. Editions P.A.V. 1994. En Inglaterra la Electric Lighting Act de 1882 establece el principio de regulación de la distribución de energía eléctrica en las ciudades, abastecidas en origen a*

Un Reglamento Especial para la instalación del alumbrado eléctrico en los teatros de Madrid, lo que se llevó a efecto por Real Orden de 30 de marzo de 1888.⁵⁴⁰

través de centrales eléctricas de carbón. En 1892 doce grandes ciudades explotaban su propia concesión municipal y en 1908 todas las ciudades de más de 50.000 habitantes disponían de centrales eléctricas. En Italia el comienzo de la industria eléctrica se inicia en 1882 mediante la constitución de un Comité para el estudio de las aplicaciones de la electricidad, cuyo objeto era estudiar la trascendencia y posibles desarrollos de las inversiones y patentes de Thomas Edison. Un año más tarde, en 1883, se constituye la primera central térmica convencional).

En Italia se dicta en 1884 una Ley de aguas que regula los derechos concesionales exclusivos que fijan su explotación y pocos años más tarde, en 1903, se promulga una Ley sobre los servicios públicos de distribución eléctrica propiedad de los municipios. Dicha norma representa la vía legal de apoyo para el desarrollo de las compañías municipales de electricidad.

⁵⁴⁰ No deja de ser curiosa la redacción de algunos de sus artículos. Por ejemplo:

“Artículo 18. Los conmutadores que se empleen para dirigir la corriente estarán contruidos de manera que funcionen con rapidez y permitan abrir y cerrar el circuito, según convenga.

Artículo 19. El cuadro de agujas y conmutadores llevará un voltímetro y un amperómetro por cada circuito, y si fuese necesario, reostatos reguladores.

Artículo 20. Formando parte del circuito, y sobre las dos ramas unidas al conductor principal, habrá cintas, listas o trozos de otro metal, fácilmente fusible, a fin de que la corriente se interrumpa si llega a tener una intensidad perjudicial. La conductibilidad de estos cortacircuitos no excederá del 50 por 100 de la que tenga la materia de que esté formado el circuito general. El amperómetro de circuito comunicará con un timbre que avise inmediatamente que la corriente excede de la fuerza normal.

.....

Artículo 23. El grado de fuerza electromotriz máxima de cualquier circuito no pasará de 100 voltios para las corrientes alternativas, ni excederá dicha diferencia de potencial de 200 voltios para las continuas, así en los botones límites de las máquinas, como en la entrada del teatro, si el foco de electricidad fuese exterior.

Cuando la electricidad se emplee como fuerza motriz, podrán aceptarse potencias superiores hasta llegar a los aparatos de transformación, adoptándose las precauciones de seguridad que en cada caso establezca la Junta de Teatros.

Artículo 24. En este último caso, los dos cables conductores estarán provistos de una aguja de derivación, por medio de la cual se pueda impedir automáticamente la entrada a corrientes cuya intensidad sea mayor de 200 voltios y asimismo se establecerá un voltímetro y un amperómetro.

.....

Artículo 27. Los hilos y cables estarán sólidamente fijos, y separados unos de otros a Om 0,10 al menos, para las luces incandescentes, y a OmO, 20 para las de arco. El espacio entre los hilos y las piezas metálicas de la construcción será de OmO, 60.

.....

Artículo 31. Las luces eléctricas serán de dos clases, incandescentes para las salas de espera y descanso, así como para la de espectadores, galerías, cuartos de artistas, varales, rampas y esqueletos del escenario, batería de proscenio, foso y telares; y de arco voltaico exclusivamente para la portada o acceso exterior del

Esta disposición, cuyo cumplimiento se exigía de momento sólo a los teatros de Madrid, fijaba un plazo de seis meses para su puesta en práctica en todos ellos, prohibiéndose en absoluto el alumbrado por gas y estableciendo como supletorio o de socorro el de lámparas de aceite de oliva dentro de recipientes con cristal claro o rojo, que estarían encendidas durante toda la representación. Se prohibía igualmente el empleo de velas que no estuvieran alojadas dentro de faroles con cristales.

La electricidad podía libremente tomarse de las fábricas ya establecidas o mediante la realización de instalación propia, accionando las dinamos con motores hidráulicos, de gas, de aire comprimido o de vapor.

La promulgación de esta Real Orden representó un gran impulso para la expansión de la electricidad en la capital y para los suministros de la Sociedad Matritense, pues todos los teatros la cumplieron rápidamente.

El 23 de marzo de 1900 se aprueba una Ley regulando la servidumbre forzosa de paso de corrientes eléctricas –ya que el tendido eléctrico sobre fundos ajenos no tenía encaje entre las servidumbres legales establecidas en los arts. 332 a 334 del Código Civil– y el 27 de marzo de 1919 se aprueba el Reglamento que la desarrolla, que en su artículo 1º define las instalaciones eléctricas de la siguiente forma:

“Se entiende por instalaciones eléctricas en su acepción más general, todas aquellas en que interviene directa y principalmente la electricidad en cualquiera de sus formas” ⁵⁴¹ (Esta misma definición aparece recogida en su Reglamento,

edificio, y sólo por excepción en la escena para producir los efectos de la luz Drumond, que queda totalmente prohibida”.

⁵⁴¹ Ver Ley de 23 de marzo de 1900 regulando la servidumbre forzosa de paso de corrientes eléctricas y Reglamento para instalaciones eléctricas, en cuanto afecta a la seguridad pública y a la servidumbre forzosa de paso, con arreglo a la Ley de 23 de marzo de 1900.

Ver también la Real Orden de 17 de abril de 1923 disponiendo se proceda con arreglo a las normas que se insertan para la aplicación del art. 39 del Reglamento de instalaciones eléctricas, aprobado por el Real Decreto de 29 de marzo de 1919.

que sobre la misma materia propuso en aquella fecha la Comisión Permanente Española de Electricidad).

Tras un Reglamento Provisional que aprueba un Real Decreto de 30 de enero de 1903, referido únicamente a las instalaciones eléctricas aplicadas a las industrias minera y metalúrgica, un Real Decreto de 7 de octubre de 1904 establece las reglas para “instalaciones eléctricas en cuanto afectan a la seguridad pública”. El sistema de control administrativo de los contadores de electricidad arranca de un Real Decreto de 25 de enero de 1901 que crea una Comisión al efecto, la cual propondrá lo que luego definirá el contenido normativo del Real Decreto de 26 de abril de 1901. Por este flanco penetrará, a juicio de Eduardo García de Enterría, otra facultad interventora permanente de la Administración del Estado, la de verificar las condiciones de suministro entre las empresas y sus abonados.⁵⁴²

Van apareciendo así las primeras disposiciones reguladoras de la energía eléctrica en España —que acompañan el primer desarrollo industrial⁵⁴³— y los consiguientes pronunciamientos jurisprudenciales, y destacándose así las bases de las instituciones y figuras que irán ordenando jurídicamente el sector.

Otro ámbito en el que se manifiesta especialmente la regulación sectorial, desde la perspectiva de las exigencias técnicas del servicio, es el de la regulación de los contadores. Así, el Real Decreto de 26 de abril de 1901 sobre condiciones y comprobación de los contadores eléctricos que en lo sucesivo se vendan o alquilen, las Instrucciones Reglamentarias para el servicio de verificación de los contadores de electricidad y de gas, aprobadas por Real Decreto de 7 de octubre de 1904, con las modificaciones de R.D. de 8 de junio de 1906, en el que se subraya en su art. 1º que “*la intervención del Estado en el suministro del fluido eléctrico a los abonados de las fábricas de los mismos, para garantía de su seguridad e intereses estará a cargo de los Verificadores de contadores, que vigilarán el funcionamiento de estos aparatos y el de las condiciones de seguridad impuestas para evitar accidentes en la distribución y utilización del fluido*”.

⁵⁴² Al poco tiempo, se dictan las primeras “Instrucciones reglamentarias para el servicio de verificación de los contadores de electricidad y de gas”, cuyo artículo 1 dice “*La intervención del Estado en el suministro de fluido eléctrico a los abonados de las fábricas de los mismos, para garantía de su seguridad e intereses, estará a cargo de los verificadores de contadores*”.

⁵⁴³ En Memoria viva de un siglo, editado por Fomento de Construcciones y Contratas, se recuerda que en “Madrid la primera electricidad de origen hidráulico llegó de la mano del Marqués de Santillana. Era generada en la central de Navaller, cerca de Colmenar Viejo, aprovechando las aguas del río Manzanares. Allí se terminó en 1912 la presa de Manzanares el Real, de 28 metros de altura, y que podía aprovechar un salto hidráulico de alrededor de 20 m. Una turbina Francis y un generador asíncrono se empleaba en generar electricidad, que era transformada hasta los 15.000 voltios para ser transportada a Madrid” (pág. 14).

Por Ley de 2 de octubre de 1877, como recuerda Manuel Álvarez-Valdés, se autorizó al Ministro de la Gobernación para publicar las Leyes Orgánicas, Municipal y Provincial (de 20 de agosto de 1870) incorporando a su texto las reformas comprendidas en la Ley de 16 de diciembre de 1876 publicándose en la misma fecha un Real Decreto, que en su artículo 72.Primer.º declaraba de exclusiva competencia de los Ayuntamientos el gobierno y dirección de los intereses peculiares de los pueblos con arreglo al artículo 84.1 de la Constitución de 1874, cuando tenga relación con “el establecimiento y creación de servicios municipales de alumbrado”⁵⁴⁴.

Estas primeras disposiciones, como nos señala Gaztañaga, son, o bien de orden fiscal como, por ejemplo, el Real Decreto de 28 de mayo de 1896 sobre contribución industrial, y la Ley de 28 de junio de 1898 sobre Presupuestos del Estado, en cuyo artículo 7º se creó el impuesto que grava el consumo de fluido eléctrico, precepto desarrollado en extenso por Ley de 18 de marzo de 1900; o bien de orden administrativo, como la Ley de 23 de marzo de 1900, creando la “servidumbre forzosa de paso de corrientes eléctricas” y los Reglamentos de 15 de junio de 1901, 30 de enero de 1903 y 7 de octubre de 1904, sobre condiciones e inspección de las instalaciones eléctricas, y los Reales Decretos de 26 de abril de 1901, 7 de octubre de 1904 y 8 de junio de 1906, sobre verificación de contadores de electricidad.

Es cierto, como señala la jurisprudencia, que el servicio de suministro de energía eléctrica se desarrolló dentro del marco del derecho privado con escasa intervención del Estado, salvo la derivada de las imperiosas exigencias, impuestas por la índole propia del servicio, como fueron, entre otras, la ya citada Ley de 23 de marzo de 1900 (Dic. 7036), referente a servidumbre forzosa de paso de corriente eléctrica, y el Reglamento para las instalaciones eléctricas en las industrias minera y metalúrgica de 30 de enero de 1903 (Dic. 7037), e igualmente los Reales Decretos de 7 de octubre de 1904 (Dic. 7038) y 27 de marzo de 1919 (Dic. 7041).

⁵⁴⁴ Ver: Etapas históricas en el desarrollo del ordenamiento jurídico del Sector Eléctrico. M. Álvarez-Valdés. Abril 2002.

En cuanto al contrato de suministro en sí, no encontramos en esta primera época disposición alguna que lo reglamente, pudiendo establecer las partes contratantes, con absoluta libertad, las cláusulas y condiciones que tuvieran por conveniente. Así se comprueba en los primeros contratos de esta clase otorgados en España en la última década del siglo pasado, que, además de incompletos, contienen precios, normas y condiciones muy distintos, según los casos particulares de cada abonado y, sobre todo, de cada compañía distribuidora.

Solamente algunas de las disposiciones referidas contenían normas dispersas para resolver algunos casos que la práctica había aconsejado reglamentar con carácter general y obligatorio, como, por ejemplo, el reintegro a los consumidores por la empresa suministradora del importe de los consumos registrados de más por el contador⁵⁴⁵ o la prohibición a las empresas suministradoras de dejar de suministrar el fluido, bajo ningún pretexto, mientras se encuentre pendiente reclamación alguna del abonado ante las oficinas de la Verificación Oficial o del Gobierno Civil en las capitales de provincia, o del Alcalde en las demás poblaciones, por funcionamiento irregular del contador u otras causas, siempre que el consumidor se encuentre al corriente en el pago de sus recibos⁵⁴⁶.

La preocupación de los poderes públicos por la garantía y regularidad del suministro se manifiesta desde el origen de la prestación del servicio, en razón de la natural preservación de los intereses públicos que el mismo reclama, como servicio esencial.

⁵⁴⁵ Real Orden de 9 de diciembre de 1901 y arts. 36, 38 y 39 de las Instrucciones Reglamentarias aprobadas por R.D. de 7 de octubre de 1904.

⁵⁴⁶ Art. 42 de las citadas Instrucciones, según la reforma del R.D. de 8 de junio de 1906, aclarada por R.O. de 9 de diciembre de 1907, en el sentido en que dicha prohibición debe alcanzar *“también cuando las reclamaciones hayan sido resueltas, siempre que los abonados estén al corriente en el pago de sus recibos”* con lo que se da un importante paso en la limitación de la libertad del suministrador en beneficio del abonado, que así tiene asegurado el suministro.

3. LA GARANTÍA JURÍDICA DE PRESTACIÓN DEL SUMINISTRO ELÉCTRICO Y LA DECLARACIÓN FORMAL DE SERVICIO PÚBLICO DE TITULARIDAD ESTATAL.

Es particularmente ilustrativa a este respecto una Real Orden de 13 de septiembre de 1916 que refleja además de los aspectos jurídico-públicos referidos la convivencia en el ámbito municipal del gas y el alumbrado eléctrico, vislumbrándose también el papel mediador del Estado –entre productores y consumidores– como poder regulador:

“La extraordinaria elevación de los precios de la hulla, consecuencia de la perturbación económica producida por la guerra europea ha originado graves dificultades en la marcha normal de las industrias españolas, afectando ese transtorno muy especialmente a las que, como las del gas del alumbrado y gran parte de las de luz eléctrica, utilizan aquella primera materia como medio de producción...”.

Las empresas de alumbrado de las poblaciones han respondido al alza del mercado de hulla con un anuncio de elevación del precio de venta de la luz, pretendiendo, en algún caso, hasta romper contratos de suministros anteriormente celebrados en condiciones menos onerosas para el consumidor, y llegando a amenazar con el paro en la fabricación...

*Puede ser, pues, materia de otras medidas de Gobierno la regulación y coordinación posible de los intereses contrapuestos de productores y consumidores...”*⁵⁴⁷

La misma exigencia de garantizar el suministro eléctrico se va manifestando en numerosas disposiciones reguladoras del sector (normalmente al amparo de modificaciones tarifarias) inmediatamente ulteriores⁵⁴⁸, a partir de principios del siglo XX.

⁵⁴⁷ Real Orden declarando que los productores de gas y electricidad para el alumbrado no podrán cesar ni suspender el suministro contratado con anterioridad con los Ayuntamientos o particulares, sin autorización del Gobernador de la respectiva provincia (Gaceta 13 Septiembre 1916).

⁵⁴⁸ Así, una Orden de 1920 dispone en su artículo 1º que:

También nuestra doctrina jurisprudencial se pronuncia desde comienzos de siglo en torno a la naturaleza jurídica de la electricidad, aspecto que ha vuelto a ser, más allá de concretas consideraciones de derecho privado materia central de la regulación, muchos años más tarde con ocasión de nuestra asunción de los principios del derecho europeo y, en particular, el de la libre circulación de productos.

El Tribunal de Casación (Sala de lo Criminal), en Sentencias de 3 de agosto de 1912, 7 de julio de 1913, 12 de junio de 1929 y más concretamente en la de 3 de agosto de 1932, tiene declarado, ratificando una constante jurisprudencia, que *“la electricidad es entregada por el que la produce, mediante una transmisión que puede ser materialmente comprobada, pasando de la posesión de éste a la posesión del usuario; debe, desde luego, ser considerada como una cosa en el sentido del artículo 379 del Código Penal, pudiendo ser objeto de aprehensión”,* y *“el hecho de apropiarse de una cierta cantidad de corriente eléctrica sin el consentimiento de la Sociedad productora constituye el hurto previsto y penado por los artículos 379 y 401 del Código Penal”*⁵⁴⁹.

“Toda empresa de producción o distribución de energía eléctrica que haya adquirido concesión o autorización administrativa del Estado, Provincias o Municipios o que haga uso para el tendido de sus líneas o redes de distribución de vías o terrenos de dominio público, no podrá negar el suministro de fluido a ningún particular o industria que lo solicitó, ni suspenderlo a los abonados que estén al corriente en el pago de sus cuotas en tanto tenga la empresa medios técnicos para efectuar aquél”.

Real Orden de 14 de agosto de 1920 dando disposiciones para el suministro y elevación de tarifas de energía eléctrica por las empresas o entidades productoras, modificada por las Reales Ordenes de 31 de octubre de 1922, 12 de noviembre y 13 de diciembre.

Ver también Real Orden de 11 de octubre de 1922 sobre tramitación de expedientes de elevación de tarifas para el suministro de energía eléctrica, y el Real Decreto de 23 de diciembre de 1923 disponiendo que las empresas que suministran energía eléctrica a sus abonados, quedan obligadas a mantener la tensión y frecuencia que figuren en los contratos de suministros. Y naturalmente el Real Decreto de la Presidencia del Directorio Militar dictando normas sobre suministros de energía eléctrica, agua y gas.

⁵⁴⁹ El Código Civil de Italia, en forma parecida al francés, declara en su artículo 406 que *“todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada son bienes inmuebles o muebles”*. Interpretando este precepto, la jurisprudencia civil –y casi toda la doctrina– ha considerado comprendida dentro del mismo a la energía eléctrica.

El Tribunal de Apelación de Bruselas, por Sentencia de 9 de diciembre de 1933, y el Tribunal de Casación belga, en Sentencia de 20 de junio de 1934, tienen declarado que *“la corriente eléctrica constituye en realidad una mercancía que, tanto como el vapor y ciertos gases, puede ser objeto de contratos de suministro, de operaciones de adquisición y de venta”*.

Señalando sólo los avances decisivos en este camino, debemos destacar la *declaración de servicio público*⁵⁵⁰ que de los suministros de energía eléctrica, agua y gas a los abonados de las empresas de distribución se hizo por R.D. de 12 de abril de 1924, atribuyendo al “*Ministerio de Trabajo, Comercio e Industria la reglamentación de tales servicios para garantía de la seguridad e intereses públicos, sin perjuicio de las demás intervenciones que puedan corresponder a otros Departamentos, a las Provincias y al Municipio sobre las concesiones y contratos administrativos*”⁵⁵¹. Tal medida está justificada, según el preámbulo de dicho Decreto, porque “*las necesidades de la vida moderna y las exigencias de la industria no permiten que la Administración pública se desentienda de los suministros de energía eléctrica, agua y gas, indispensables para la existencia de los individuos y de las industrias, y cuyas deficiencias pueden originar —añadía con no poco dramatismo— conflictos de orden público y comprometer seriamente la vida de las empresas industriales*”. Justifica el legislador la intervención por una necesidad regulatoria vinculada al ejercicio de control sobre las concesiones demaniales y autorizaciones administrativas de los poderes públicos “*la intervención se justifica, además, porque las empresas de distribución necesitan ocupar terreno del dominio público, o del Estado, Provincias y Municipios, por lo que es lógico exigir, a cambio del derecho de ocupación que se les concede, condiciones que aseguren a los abonados un suministro regular*”.

En el Código Penal noruego, aprobado en 1902 y vigente desde 1904, encontramos en su sexta disposición preliminar la calificación de cosa mueble para toda fuerza motriz producida o conservada que sirva para dar luz, calor o movimiento.

También el Código Penal de California considera cosas susceptibles de hurto el agua, el gas y la electricidad (arts. 498, 499 y 499 a).

⁵⁵⁰ Sin perjuicio de un análisis mas detallado por nuestra parte en otros capítulos de este trabajo, podemos avanzar que hubiera sido más acertada la declaración de “servicio de interés público” para este suministro, reservando la denominación de “servicios públicos” para aquellos servicios obligatorios que la Administración debe organizar en cumplimiento de sus fines (defensa nacional, enseñanza, etc.). Puede consultarse S. Alvarez Gendín, “El servicio público”. Madrid, 1944, 2.

⁵⁵¹ Artículo 1º Real Decreto de 12 de abril de 1924. Fue antecedente de esta disposición la Real Orden de 14 de agosto de 1920, que declaró obligatorio el suministro de energía eléctrica a los abonados y prohibió la elevación de tarifas eléctricas sin previa autorización administrativa, ordenando la legalización de las tarifas existentes en aquel momento. Los trámites para aprobación de tarifas fueron reglamentados por Reales Ordenes de 11 de octubre de 1922 y 12 de diciembre de 1923.

Sobre contadores y aprobación de tarifas de energía reactiva se dictó en este período la Real Orden de 1º de octubre de 1923, y sobre mantenimiento de la tensión y frecuencia contratadas, dentro del límite en más o en menos del 7 por 100, el Real Decreto de 23 de diciembre de 1923.

Salas Hernández⁵⁵² entiende que –al margen del dato de la publicación conjunta de tres tipos de suministros distintos⁵⁵³– la declaración formal de servicio público aparece y se recoge formalmente con una evidente instrumentalidad de cara a garantizar “la seguridad” y los “intereses públicos”⁵⁵⁴, gravemente deteriorados por la actitud de las compañías

⁵⁵² Régimen jurídico–administrativo de la energía eléctrica, ob. cit., págs. 32–33.

⁵⁵³ Sobre el servicio de suministro de gas, vid. el ejemplar estudio de García de Enterría, contenido en su libro *Problemas actuales del régimen local*, 41 ss. Sobre el de abastecimiento de agua a poblaciones, vid., la obra de Garrido Lopera, *El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones, in totum*.

⁵⁵⁴ En el mismo sentido, puede verse también el Real Decreto–Ley sobre ferrocarriles, de 12 de julio de 1924, cit. por Fernández Velasco, *Los contratos administrativos*, 269 s.

Singular interés ofrece la Real Orden del Ministerio de Economía de 7 de octubre de 1930, por la que se resuelve una consulta formulada por dos compañías eléctricas de Madrid sobre interpretación auténtica del Real Decreto de 1924. Los solicitantes –según el preámbulo de aquella Real Orden– veían una antinomia entre el art. 1.255 del C.c. y la obligatoriedad, establecida por el Real Decreto, de efectuar el suministro a todo abonado que lo pidiese. Pues bien, “*como la posibilidad de introducir una cláusula de plazo mínimo podía dar lugar al no otorgamiento del contrato de suministro en el caso de que el particular y la compañía no se pusiesen de acuerdo sobre él, burlándose así lo establecido en el art. 2 del Real Decreto de 12 de abril de 1924...*”, se dispone que se evacúe la consulta “*en el sentido de que es lícita la introducción de la cláusula de plazo mínimo en los contratos de suministro, pero sin que, en ningún caso, la negativa del particular a la suscripción de esta cláusula pueda ser motivo para que la compañía se niegue al suministro de energía solicitada, en tanto tenga medios técnicos para ello*”.

Otro hito trascendental de este período es la promulgación de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935, que conservaba el régimen de Carta del Estatuto Municipal de 1924 y estabiliza la competencia municipal, tanto en la autorización para la implantación de la red dentro de la población, a tenor de los planes urbanísticos, como en el otorgamiento de licencias de apertura y permisos de uso de suelo público.

Por su interés hacemos una glosa de los comentarios de Sintés Olives y Vidal Burdils (37, págs. 466, 471 y ss. 481 y 482), recordando que la obra comentada se publicó en 1933.

En materia de Reglamento de Instalaciones o Verificaciones señalan que “Nuestra Ley de 1900 se refiere... a la servidumbre forzosa de paso, siendo un Reglamento... más electrotécnico que administrativo”. La Comisión Permanente Española de Electricidad no ha dejado de revisar la dispersa legislación eléctrica en vigor... formándose los Reglamentos de 27–III–19, de 19–III–31 y uno especial para instalaciones eléctricas receptoras en el interior de fincas y propiedades urbanas de 21–III–31. El conjunto constituye los códigos fundamentales de nuestra legislación eléctrica”.

Por lo que se refiere a las Condiciones Generales del Suministro, Sintés y Vidal señalan que “El suministro de energía eléctrica viene regulado fundamentalmente por el Real Decreto Ley de 12–IV–24 y por (el ya referido) Reglamento para las Verificaciones de Contadores y Regularidad en el Suministro de Energía Eléctrica de 19–III–31”, cuyas líneas básicas son las siguientes:

- “El suministro de electricidad... tiene... carácter de servicio público, correspondiendo hoy a la Dirección General de Industria su reglamentación...”. “Los Ayuntamientos pueden prestar por sí este suministro y aún municipalizarlo”.
- Tiene la obligación, la empresa suministradora, “de suministrar..., conforme a las tarifas aprobadas, a todo el que lo pida, así como ampliar el correspondiente a un abonado, en tanto que para ello tenga medios técnicos” salvo que el usuario “no tenga, a juicio de la Jefatura de Industria,

eléctricas que, como es lógico, lo único que perseguían era la maximización de los beneficios. De ahí que el Real Decreto de 1924 reafirme, no sólo el deber de suministrar energía a todo solicitante y de mantener la tensión y frecuencia fijadas en el correspondiente contrato, sino también la potestad tarifaria de la Administración, reconocida por disposiciones anteriores, y sistemáticamente incumplidas.

En la Exposición de motivos del Real Decreto de 1924 se justifica pues la intervención administrativa en base a estas cuatro razones: a) las necesidades de la vida moderna; b) las exigencias de la industria; c) las deficiencias en la prestación de tales servicios, que han llegado a provocar, incluso, conflictos de orden público, y d) la necesidad de ocupar terrenos de dominio público con las instalaciones, lo que permite a la Administración exigir a cambio unas condiciones que aseguren a los abonados un suministro regular. Cuatro títulos concretos en los que la Administración trata de apoyarse para justificar un nuevo título de intervención más general y comprensivo, a la vez que formalmente novedoso: el servicio público⁵⁵⁵.

las condiciones exigidas..., cuando el peticionario... utilice energía de otra procedencia, (cuando) no haya satisfecho el consumo suministrado... o se niegue a firmar la póliza de abono...”.

En cuanto a la póliza de abono recuerdan, Sintes y Vidal, que se utilizaba para los usuarios domésticos y ya era un Contrato de Adhesión, debiendo expresar, en todo caso: *Tensión, frecuencia, potencia de los receptores, tarifa aplicada, horas y días de servicio y consumo máximo si es a tanto alzado*. Con los grandes consumidores quedaba abierto un amplio campo de libertad.

Por lo que se refiere a la medida, los contadores deben estar verificados y precintados por la empresa. El usuario puede colocar su contador de su propiedad y la empresa colocar otro suyo, aunque el régimen general ya era el de alquiler.

En orden al régimen de regularidad en el suministro, Sintes y Vidal recuerdan que “Las empresas vienen obligadas a mantener la tensión y frecuencia que figuren en los contratos... con una diferencia que no exceda, por exceso o por defecto, del 7% en la primera y del 5% en la segunda...”. “Cuando la Jefatura de Industria... compruebe... que durante tres días al mes la tensión media sea inferior... viene obligada la empresa a descontar un 10% del importe de las facturas por cada tres días de irregularidad si se trata de alumbrado y el 6% en otro caso, sin que el descuento total pueda pasar del 50 y 30% respectivamente, del importe de las facturas... debiéndose imponer, además... una multa de 50 pesetas”.

⁵⁵⁵ Para el Profesor García de Enterría, la intervención pública en el suministro eléctrico se justifica, tanto por la “concesión demanial” referida a la ocupación de suelo público, que incluye un “*clausulado sobre prestación del servicio y tarifas*”, como por la necesidad de, ejerciendo la facultad de policía, garantizar la “seguridad de las instalaciones”, y también por la necesidad de “*ocupar suelo privado*”, lo que exigía la aparición de una Ley especial de servidumbre forzosa de paso, así como por el control del suministro y la consiguiente “*verificación de los contadores*”, lo que hace surgir un régimen sancionador.

La declaración de servicio público impone el régimen de tarifa, y así hay que coincidir con el criterio del Profesor Ariño (*Las tarifas de los servicios públicos*, Sevilla, 1976, pág. 88), citado por Trillo-Figueroa y López-Jurado (24, pág. 137), al precisar que “*el poder tarifario, que es un poder doméstico sobre ámbitos propios, no exige más habilitación que la previa declaración de servicio público, siempre que ésta sea realmente tal y esté hecha naturalmente por ley*”.

A partir de la Real Orden de 12 de diciembre de 1923, la modificación de las tarifas, corresponde a la Administración Central de Industria.

En absoluto puede obviarse la trascendencia que, a efectos de fortalecer la competencia municipal, tiene la promulgación del Estatuto Municipal de 14 de julio de 1924, que clarifica la competencia de los Ayuntamientos, en materia de implantación de la red, y de su seguridad, dentro de las poblaciones. El Estatuto Municipal de 1924, que derogó la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877.

Al declarar servicio público la prestación de este suministro a particulares, se recuerda una vez más que *“a partir de la publicación de este Decreto todas las empresas de distribución de energía eléctrica, agua y gas que disfruten de concesiones o autorizaciones administrativas del Estado, Provincia o Municipio, y las que ocupen con las instalaciones terrenos de dominio público o del Estado, Mancomunidades, Provincias y Municipios, quedan obligadas a efectuar el suministro a todo abonado que lo solicite, en tanto tengan medios técnicos para ello”*⁵⁵⁶ y que *“el suministro se efectuará precisamente a los precios fijados en tarifas aprobadas por la Administración pública, las cuales no podrán ser en ningún caso, superiores a los límites que se hayan fijado en las concesiones, cuando existan éstas”*⁵⁵⁷, y se establece el procedimiento para aprobación y modificación de tarifas (arts. 4º al 11).

La declaración de servicio público contenida en el artículo 1º de este Real Decreto y que luego fue recogida por el artículo 1º del Reglamento de Verificaciones eléctricas y de regularidad en el suministro de energía eléctrica, aprobado por Decreto de 5 de diciembre de 1933, mereció consideraciones diversas.

A juicio de Salas Hernández la declaración que contiene el citado artículo 2 constituye fundamentalmente una habilitación general por parte de la Administración –estatal o municipal– para poder actuar. La única novedad de la medida consiste en la declaración

⁵⁵⁶ Art. 2º del Real Decreto de 12 de abril de 1924.

⁵⁵⁷ Art. 3º de dicho Real Decreto.

formal de servicio público de una fase de la actividad industrial eléctrica que la Administración había comenzado ya a reglamentar con carácter general muchos años antes⁵⁵⁸.

De la misma opinión son Trillo–Figuerola y López Jurado, que explican la finalidad del Decreto por el acercamiento o paulatina transformación de los contratos de alumbrado público en concesiones de servicio público y consideran que la *publicatio* que lleva a cabo la nueva norma es “*iuri generis*” por cuanto no supone traslado de la titularidad de la actividad provocando la ausencia de título formal –propiamente concesional– para el suministro eléctrico⁵⁵⁹.

A partir de dicho período se intensifica la intervención de la Administración en la reglamentación del servicio eléctrico, en la regulación de los contratos de suministros y en la resolución de las discrepancias que en el cumplimiento de estos contratos van surgiendo entre las partes.

Como señala Gaspar Ariño, sucesivas disposiciones fueron dictándose en interpretación y aplicación del Decreto de 1924, especialmente en materia de tarifas⁵⁶⁰. Así, entre otras, la Real Orden de 22 de enero de 1931 (que autorizaba la fijación de tarifas por

⁵⁵⁸ García Trevijano considera, sin embargo, en su Tratado de Derecho Administrativo, Vol. II, que el servicio público existía desde la Orden de 14 de agosto de 1920 donde se reconocía la existencia de concesiones de servicio junto a las demaniales.

Ver también LEGUINA VILLA: *Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa*, en la RAP nº 68, 1972, pág. 16; DE LA CUETARA, en *La actividad de la Administración*, Tecnos, Madrid 1983, pág. 150; VILLAR EZCURRA, en *Servicio Público y Técnicas de Conexión*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1980, pág. 305.

⁵⁵⁹ Ver Trillo–Figuerola. Pág. 165.

⁵⁶⁰ Por lo que se refiere a la potestad tarifaria seguimos al Profesor Salas, quien recuerda cómo “la Real Orden 14–VII–1920 establece ya, con carácter general, determinadas limitaciones al régimen contractual entre empresas suministradoras de electricidad y abonados, que constituyen el primer antecedente, de entre los más próximos, del Real Decreto Ley de 14–IV–24. El régimen establecido en aquella Orden se articula en torno a tres principios fundamentales: a) los precios aplicables serán los vigentes en la fecha de publicación de tal disposición, determinándose que cualquier elevación de los mismos habrá de autorizarse por el Gobierno...; b) las empresas están obligadas a suministrar energía a todo aquel que lo solicite y a no suspender el suministro a quien esté al corriente de pago de sus cuotas, en tanto disponga de medios técnicos para efectuarlo; c) el título de imposición de estas limitaciones por parte de la Administración es la concesión o autorización del Estado, provincia o el municipio en favor de la empresa de producción o distribución o el uso de vías o terrenos de dominio público para el tendido de sus líneas o redes de distribución”.

vía de ensayo), Real Orden de 9 de junio de 1931 (que establece la ilegalidad de toda modificación unilateral o consensual de las tarifas, afirmando la nulidad de toda cláusula contractual de estabilización de la moneda, aun cuando haya sido aceptada por el usuario), Orden de 13 de enero de 1932 afirmando la aplicabilidad del ordenamiento objetivo vigente (y sus modificaciones), tanto para los nuevos abonados como para los antiguos, etc., etc.

A través de toda esta normativa se va configurando y dibujando el régimen jurídico del servicio, que cristalizará por vez primera en una reglamentación de conjunto con el Decreto de 5 de diciembre de 1933, aprobando el primer Reglamento de Verificaciones Eléctricas y de regularidad en el suministro de energía. De entre las minuciosas previsiones técnicas, se pueden destacar, como notas fundamentales, desde un punto de vista jurídico, las siguientes:

- declaración de servicio público y atribución a la Administración (Ministerio de Industria) de la potestad de reglamentación interna del mismo: artículo 1º
- potestad de inspección y control sobre el servicio: artículo 6 y ss.
- continuidad y regularidad del suministro: artículo 65 y ss.
- reglamentación de los contratos de suministro con carácter de “*ius cogens*”, según modelo de póliza oficialmente aprobado, sin que las cláusulas pactadas puedan contrariar dichos preceptos reglamentarios: artículo 74 y ss.
- obligación legal de suministro, siempre que la empresa tenga para ello los medios técnicos imprescindibles, con obligación de ampliar sus redes de distribución si ello fuese necesario: artículo 78
- “régimen de cola” en la prestación del servicio: artículo 80

4. LA COMISIÓN PERMANENTE ESPAÑOLA DE ELECTRICIDAD COMO PRIMERA EXPRESIÓN DE LA CONFORMACIÓN INSTITUCIONAL DEL SECTOR

Desde la perspectiva institucional, el 22 de noviembre de 1912 se crea la Comisión Permanente Española de Electricidad⁵⁶¹, cuyos precedentes internos hay que encontrarlos en los Comités Locales Electrotécnicos que actuaban desde 1906 y como nos recuerdan Sintés Olives y Vidal Burdils⁵⁶², dedicaban su actividad a los estudios electrotécnicos, unificaban leyes, reglas y tipos en cuanto a la aplicación práctico-comercial y establecían cauces de relación con otros países sobre estos temas, con el fin de asesorar al Gobierno *“en cuanto se refiere a las aplicaciones industriales de esta ciencia y de llevar la representación de España en las reuniones internacionales que tengan por objeto unificar las disposiciones legales correspondientes”*⁵⁶³.

La Comisión, además de configurarse como el centro consultivo del Ministerio de Fomento en materias de electricidad, tenía también la obligación de informar sobre esta materia, siempre que para ello fuera requerida por cualquier otro departamento ministerial, pudiendo hacerlo asimismo, –*“si así lo juzga oportuno”*, se lee en su artículo 7º– a instancia de los particulares.

El Reglamento que desarrolló la creación de la Comisión un año más tarde, dispuso su composición, forma de nombramiento y duración de mandato de los miembros de la misma⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Real Decreto de 22 de noviembre de 1912, creando en el Ministerio de Fomento, y dependiendo de la Dirección General de Comercio, Industria y Trabajo, una Comisión Permanente Española de Electricidad, con los fines que se indican.

Ver también Reglamento de la Comisión Permanente Española de Electricidad, aprobado por Real Decreto de 13 de octubre de 1913.

⁵⁶² Ver *La Industria Eléctrica en España*. F. Sintés Olives y Vidal Burdils. Barcelona. 1933.

⁵⁶³ En el contexto europeo encontramos un precedente similar en el “Comité Permanente de Electricidad”, instituido en Francia por la Ley de 22 de junio de 1895 sobre establecimiento de conductores eléctricos.

⁵⁶⁴ “a) La Comisión estará formada por un Presidente y un Secretario; los profesores de electricidad de las escuelas de Ingenieros de Caminos, Minas, Industriales, Agrónomos y de Montes y de la Universidad central; un representante por cada uno de los Ministerios de Fomento, Gobernación, Instrucción Pública, Guerra y Marina y otro por las industrias eléctricas españolas. La Comisión propondrá, en todo caso, a la superioridad

En noviembre de 1926 el Consejo de la Economía Nacional crea un Comité regulador de la producción industrial, que se justifica por la necesidad de *“la intervención del Estado para adaptar las producciones nacionales en el consumo interior y exterior”*.

Dicho Reglamento divide las industrias de la nación en dos categorías: a) industrias libres que son las exceptuadas del régimen de autorización previa que hubiera de otorgar el Comité y quedando por tanto en libertad de instalarse, ampliarse, modificarse o trasladarse, sin otra condición que la de dar cuenta de ello al Comité regulador. Entre este grupo de industrias estaban comprendidas las minas, canteras y salinas o las empresas de transportes de viajeros o mercancías; y b) industrias sometidas al régimen de autorización administrativa, con el alcance antes reseñado. De entre ellas encontramos las de material eléctrico, si bien se precisa que no se necesitará previa autorización para la ampliación o modificación de los elementos destinados a suministrar o transmitir la energía que sirva para el movimiento de los elementos de fabricación⁵⁶⁵.

El 23 de abril de 1932 se crea asimismo el Consejo Ordenador de la Economía Nacional, que entre otros asuntos abordó, naturalmente, a través de Comisiones específicas, programas de trabajo sobre maquinaria hidráulica y eléctrica, tarificación eléctrica, para usos domésticos con el objeto de proponer una tarificación nacional a la energía eléctrica destinada al consumo eléctrico, etc.

El Consejo de Obras Hidráulicas⁵⁶⁶ viene a reemplazar un Consejo de la Energía creado en 1929⁵⁶⁷. Consejo compuesto, según el Real Decreto–Ley de 7 de septiembre de

las ampliaciones que estime convenientes del número de vocales que la constituyen, si fuera oportuno dar en ella cabida a alguna personalidad u organismo cuya índole lo requiriese” (Art. 1).

“El nombramiento de Presidente y Secretario será hecho por el Excmo. Sr. Ministro de Fomento, los vocales que ostenten representación serán nombrados por sus respectivos departamentos, y el de las industrias eléctricas por el Excmo. Sr. Ministro de Fomento, teniendo en cuenta la importancia de las diversas empresas” (Art. 2).

⁵⁶⁵ Real Decreto de 3 de diciembre de 1926 sobre el Reglamento para el funcionamiento del Comité regulador de la producción industrial.

⁵⁶⁶ Ver Decreto de 18 de noviembre de 1932 por el que se crea el Consejo Nacional de Obras Hidráulicas.

1929, para completar el enlace de las aplicaciones de las obras de restauración de los ríos y su natural armonía con los transportes y la riqueza agrícola, lo que unido a la debida previsión de instalaciones térmicas complementarias y en su día a la de instalación de carbones e hidrogenación de los mismos, ha de definir el ciclo completo de energía eléctrica; para la organización de sector tan importante de la economía nacional, como estas aplicaciones, interconexiones y sindicación de productores de la energía, se creaba un “Consejo de la Energía”, bajo la dependencia del Ministerio de Fomento, el cual debía ser el órgano activo que había de estudiar, preparar y proponer cuanto a los aprovechamientos reservados al Estado, la interconexión, suministro de los servicios de interés nacional y construcción de las redes de enlace y distribución pudiera referirse.

Componían el “Consejo de la Energía” los elementos siguientes: un Presidente que era un ingeniero especializado, Jefe o Inspector nombrado directamente por el Ministro; un representante del “Consejo de Obras Públicas”, de las Confederaciones ; del “Comité de Electrificación de Ferrocarriles”; del “Consejo Ferroviario”; del “Consejo de Combustible” y del Ministerio de Hacienda. También formaban parte del Consejo dos representantes del Ministerio de Economía Nacional; cuatro de la “Cámara Oficial de Productores y Distribuidores de Electricidad”; uno de la “Cámara de las Industrias Electroquímicas” y otro del “Sindicato Minero”⁵⁶⁸.

El “Consejo de Energía” podía funcionar en pleno o reunirse en secciones. A este último efecto se dividía en dos Comités: uno Técnico y otro Industrial. Al primero competía formular las ponencias de aprovechamientos, interconexiones, redes principales y secundarias; al segundo correspondía cuanto se relacionaba con los suministros, características, tarifas, carácter económico de las instalaciones y cuanto a la relación con la explotación por el Sindicato de Productores por constituir o por el concesionario se refería.⁵⁶⁹

⁵⁶⁷ Ver Real Decreto–Ley de 7 de septiembre de 1929.

⁵⁶⁸ Se reservaban al Sindicato de Productores (que no llegó a constituirse) otros dos representantes.

⁵⁶⁹ El Pleno del Consejo era convocado por el Presidente, cuando lo consideraba oportuno, y debía hacerlo obligatoriamente cuando lo disponía el Ministro de Fomento o lo solicitaba uno de los Comités o lo pedían cinco Consejeros. Desde luego, celebraba sesión ordinaria por lo menos una vez al mes, pudiendo, no obstante,

Al “Consejo de la Energía” correspondía informar sobre las disponibilidades de energía de los saltos reservados al Estado y las variaciones correspondientes, proponiendo la proporción que debía emplearse en tracción y la que debía destinarse a las industrias electroquímicas, así como el precio unitario que para cada servicio debía fijarse. Asimismo le incumbía proponer, de conformidad con el Comité Técnico de Electrificación de Ferrocarriles, la distribución y condiciones de servicio que deban cumplirse con la tracción de ferrocarriles, debiendo informar también sobre la potencia mínima a suministrar a industrias electroquímicas y las condiciones de estos suministros.

Una de las funciones esenciales del “Consejo de la Energía” era la de asesorar al Gobierno en cuantas cuestiones se refirieran con los aprovechamientos de energía, según se ha indicado. También por sí, por orden de la superioridad, o a petición de parte interesada, podía proponer la instalación de centrales térmicas y, en su día, su conexión con la red nacional.

Asimismo por Real Orden de 31 de enero de 1930, se dispuso que se oyera al “Consejo de la Energía” en los expedientes administrativos que se tramitaran sobre mediciones de aprovechamientos hidráulicos y sobre las solicitudes de los concesionarios de dichos aprovechamientos, así futuros como anteriores, cuando se tratase de variar la cubicación de la toma o del desagüe, la altura de la presa y la extensión y capacidad de los embalses o de los canales, o bien de proponer refundir o modificar saltos, y además cuando las peticiones versaran sobre ampliación de los plazos acordados sobre transmisión de las concesiones.

Por último, según la Orden de Fomento de 27 de abril de 1931, le correspondía informar en los expedientes de prórroga para la puesta en marcha de las explotaciones.

el Presidente, previamente facultado por el Consejo, suprimir alguna de estas sesiones por falta de asuntos importantes a tratar, si bien las supresiones no debían ser más de tres al año.

Cuando se trataba de acuerdos del Consejo, de carácter ejecutivo, el Presidente tenía voto de calidad para resolver los empates.

Los Comités Técnico e Industrial, cuyo nombramiento correspondía al Pleno, preparaban las ponencias que servían de base a las deliberaciones del Consejo en Pleno y se reunían cuando el Presidente los convocaba.

Tales son, en líneas generales, las facultades y atribuciones que tenía este Organismo, cuyo Reglamento fue aprobado en 31 de diciembre de 1929, ampliando sus funciones en 31 de enero de 1930.

5. EL PERÍODO NACIONALIZADOR.

Tras las contiendas bélicas, la tendencia a recurrir al Estado para solventar los fallos del mercado se convierte en necesidad y éste responde tomando las riendas de la reactivación económica mediante la nacionalización de empresas y actividades económicas.

La cuestión de la operatividad y oportunidad de medidas nacionalizadoras se inserta en el marco de la discusión ideológica sobre el modelo de Estado. Desde este punto de vista, según Katzarov⁵⁷⁰, el fundamento de la nacionalización reside en una nueva actitud del hombre hacia la propiedad de los medios de producción y se constituye en medio de socialización de la comunidad. La nacionalización se convierte en un instrumento hacia un más acusado modelo económico y social basado en la primacía del Estado y la limitación de la iniciativa privada.

Atendiendo al concepto estricto de Jean Rivero, se entiende por nacionalización aquella operación mediante la cual la propiedad de unos bienes, o un determinado tipo de bienes o factores de producción o una empresa o grupo de empresas, se transfiere a la colectividad. Supone la transferencia de la propiedad de unos bienes o factores de producción, organizados o no en empresas, que pasan a la titularidad estatal con el fin de sustraerlos a la gestión y a la iniciativa privada.

En una idea más amplia Villar Rojas afirma que la nacionalización es un proceso político de reordenación económica entre lo público y lo privado que consiste en la transferencia de la propiedad de bienes y recursos privados a la comunidad, eliminando la

⁵⁷⁰ K. Katzarov "Teoría de la nacionalización". Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.

titularidad privada de los medios de producción y asumiendo el control y dirección de su gestión, en general mediante empresas públicas.

En nuestra doctrina Gaspar Ariño se refiere a la nacionalización de actividades como incorporación al quehacer del Estado, en régimen de exclusiva, de una determinada actividad o campo de actuación. Esto puede hacerse de modo directo, mediante empresa pública constituida al efecto, o bien puede otorgarse en concesión o en arriendo a una empresa privada para que gestione la actividad. En este sentido parece más adecuado hacer énfasis en un concepto de nacionalización que se va extendiendo más allá de la estricta transferencia material de activos económicos en manos privadas al sector público y de la necesaria gestión por los poderes públicos de actividades de interés general. En esta línea se sitúa De la Cuétara Martínez⁵⁷¹ al exponer que la gestión no es esencial en la calificación de una nacionalización, sino que, frente a otras categorías jurídicas publicadoras (concepto de dominio público), lo esencial es la reordenación económica que comporta, cuya finalidad es que las plusvalías, las utilidades derivadas de la posesión de un bien, pasen a la colectividad. Así la nacionalización no es un fin en sí misma, esto es, la adquisición de los medios de producción, sino un medio para la consecución de un fin que sería más bien la planificación económica por el Estado.

Si consideramos, como decimos, la nacionalización como medio en nuestra doctrina Martín Mateo señala seis finalidades distintas de la misma: Transformación del orden económico y social, control de servicios esenciales y de sectores económicos clave, afirmación de la soberanía nacional y del orden constituido, instrumentación de la política económica, reforzar los ingresos del Estado y dar respuesta a los fracasos de la iniciativa privada. Las nacionalizaciones generalizadas en Europa Occidental tras la posguerra responden al segundo de los supuestos mientras que las que tuvieron lugar en la segunda mitad del siglo, hasta la adopción sistemática de políticas privatizadoras, fueron un medio de ordenación de la economía.

En Francia, el inventario que se realiza en el año 1948 de los “Establecimientos públicos de carácter industrial y comercial y de las sociedades de economía mixta” muestra

⁵⁷¹ De la Cuétara Martínez, J.M. “La actividad de la Administración”. Ed. Tecnos. Madrid. 1983.

que la mitad de la producción industrial fue nacionalizada⁵⁷², entre ellas, obviamente, la energía eléctrica, y que de todas las inversiones realizadas en el Plan 1947–1951, el 38% se empleó en empresas nacionalizadas. En Inglaterra, tras la llegada del Partido Laborista al Gobierno en el año 1945 se pone en marcha un programa económico en el que las nacionalizaciones, como la energía eléctrica, constituyen un punto central de su actuación.

573

En nuestro país, la necesidad de mayor intervención estatal ante la tarea de reconstrucción nacional se plasmó en el artículo 4º. a) de la Ley de Ordenación y Defensa de la Industria Nacional, de 24 de noviembre de 1939 que establecía la acción del Estado “cuando falte la iniciativa privada, para el mejor aprovechamiento de las materias primas nacionales o de las fuentes de energía o se estime conveniente el establecimiento o coordinación de instalaciones industriales en forma que su realización pueda incrementar la producción nacional”. Además en el precepto señalado se contemplaba la incautación de empresas industriales “cuando lo exija el interés supremo de la Defensa o Economía Nacional”. Para llevar a la práctica tales principios en 1941 se produjo la creación por Ley de lo que habría de ser el germen del sector público empresarial: el Instituto Nacional de Industria como instrumento de apoyo a la política de autarquía por la necesidad de reindustrializar el país y la escasez de recursos financieros privados. El INI nace siguiendo un modelo de iniciativa pública intervencionista, basado en el principio de subsidiariedad, actuaba allí donde no llegaba la iniciativa privada y en su etapa inicial asumió un gran

⁵⁷² Ver Konstantin Katzarov: *Teoría de la nacionalización*. Instituto de Derecho Comparado. Méjico. 1963. Así como Lavergne, A.: *La forme coopérative des Nationalisations, les Nationalisations en France et à l'Etranger*. París 1948; Chenot B. : *Les Entreprises nationalisées*. Entre las medidas aplicadas en ese período en la República francesa en el sector energético baste citar la Ordenanza de 13 de diciembre de 1944 relativa a la nacionalización de las Minas Hulleras del Norte; la Ley del 17 de mayo de 1946 que estableció como servicios públicos nacionales los combustibles minerales, creando un establecimiento público central “les charbonnages” de Francia, y el gas y la electricidad fueron nacionalizados por la Ley de 8 de abril de 1946.

⁵⁷³ En Inglaterra se adopta gran número de medidas nacionalizadas en los campos financieros, del transporte o las telecomunicaciones, así como en la energía. En la vertiente energética destacan la Iron and Steel Act de 1949, que nacionalizó la industria más importante de la Inglaterra de aquellos tiempos, el hierro y el acero, la Gas Act de 1948 nacionalizó la producción, el transporte y el reparto de gas destinado a usos domésticos. Un instituto central, el British Gas Council, fue encargado de la explotación junto con doce áreas regionales que tomaban a su cargo, a título de monopolio, a cerca de mil empresas concesionarias. La Electricity Act de 1947 nacionaliza la industria eléctrica y sus actividades de producción, transporte y distribución, creando el mismo modelo que el sector gasista con una Central de explotación nacional de la que dependían catorce subdivisiones regionales que tomaban la explotación de 541 empresas concesionarias.

protagonismo en el desarrollo industrial de nuestro país primando los aspectos técnicos sobre los económicos.

Los servicios públicos nacionalizados en nuestro país, implicaron una transferencia de la propiedad privada al sector público estatal para ser controlados y organizados por éste mediante procedimientos de Derecho público⁵⁷⁴, a través de su adquisición o expropiación, aunque sin llegar a ser necesariamente gestionados directamente por el Estado⁵⁷⁵.

Los objetivos que se pretendían conseguir con ello eran múltiples⁵⁷⁶. Al propio control de los servicios estratégicos para la economía nacional, considerado como un fin en sí mismo, se unían otros. En unos casos, era la deficitaria situación económica de los concesionarios privados prestadores de servicios (v. gr. en general todos los transportes), que lejos de haber realizado una prestación eficaz, demostraron una escasa capacidad competitiva teniendo que salir el Estado en su auxilio en numerosas ocasiones. En otros casos, la necesidad de reafirmar la soberanía nacional frente a los países extranjeros, excluyendo la participación del capital invertido por los mismos en aquellos servicios (teléfonos). En fin, el afán fiscal del Estado en asegurarse una fuente de ingresos con regularidad (p. ej. monopolio de petróleos).

La primera manifestación contemporánea de la nacionalización en España sobre los servicios, tuvo lugar durante la Dictadura de Primo de Rivera, al establecerse el monopolio de petróleos por Real Decreto Ley de 28 de junio de 1927, cuya explotación se adjudicaría a

⁵⁷⁴ Cfr. Ariño Ortiz, G.: “Sobre la asunción de actividades y bienes por el Estado”, prólogo al libro de J.M. De la Cuétara Martínez, *La actividad de la Administración*, pág. 17; en la misma línea Martín Mateo, R.: *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1973, pág. 74.

⁵⁷⁵ En este sentido, Martín Mateo, R., Sosa Wagner, F.: *Derecho Administrativo Económico*, Pirámide, Madrid, 1974, pág. 104; De la Cuétara Martínez, J.M.: *El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 66; a favor de la gestión directa como elemento esencial de la nacionalización López Rodó, L.: *Las empresas nacionalizadas en Inglaterra*, RAP nº 3, 1950, pág. 378; Garrido Falla, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. II, págs. 314 y ss.

⁵⁷⁶ Vid. también Fernández Rodríguez, T.R.: *Aspectos sociales de la nacionalización*, RAP nº 3, 1950, págs. 175 a 185.

la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, S.A. (CAMPSA) por RD de 17 de octubre del mismo año⁵⁷⁷.

La Segunda República otorgó carácter constitucional a la nacionalización, aunque su fugaz paso tan sólo dio tiempo a sancionar la nacionalización de la compañía aérea CLASSA por Ley de 25 de septiembre de 1931, creada durante la Dictadura de Primo de Rivera.

Sería a partir de los años cuarenta del pasado siglo cuando la nacionalización alcanzaría su punto más álgido, dentro de su carácter asistemático. En el transporte aéreo, en un primer momento, la nacionalización parcial de la empresa Iberia sería la solución para hacer efectivo el monopolio sobre el tráfico regular interior de personas, correo y mercancías llevado a cabo por Ley de 7 de junio de 1940, proceso que culminaría con la nacionalización absoluta por Decreto de 17 de noviembre de 1943, al comprarse las acciones privadas nacionales y extranjeras aún existentes en dicha compañía⁵⁷⁸. También el transporte ferroviario se nacionalizó (Ley de 24 de enero de 1941), mediante el rescate de las concesiones existentes ante la situación económica de los concesionarios y la necesidad de asegurar el funcionamiento de este servicio *radicalmente ligado a las más graves exigencias nacionales*, según recogía el preámbulo de la citada Ley⁵⁷⁹. Por último, en esta etapa tendría lugar además la nacionalización del servicio telefónico, al autorizarse por Decreto Ley de 13 de abril de 1945 la adquisición de las acciones de ITT norteamericana en

⁵⁷⁷ Vid. Santamaría, J.: *El petróleo en España, del monopolio a la libertad*. Espasa Calpe, Madrid, 1988, págs. 34 a 36.

⁵⁷⁸ Cfr. De Arcenegui, I.E., Cosculluela Montaner, L.M.: *La empresa nacional Iberia y la nacionalización del transporte aéreo*. RAP nº 58, 1969, págs. 349 y ss.; el mismo artículo se publicó posteriormente intitulado “La empresa nacional Iberia” en la obra colectiva *La empresa pública*, dirigida por Evelio Verdera y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, págs. 1049 y ss. Estos autores señalan una tercera etapa que estaría representada por el Decreto de 30 de septiembre de 1944, por el cual se transferían al INI las acciones de la serie A propiedad del Estado; pero, en rigor, esto no supuso una nacionalización sino una reestructuración organizativa de la empresa, en la cual dicha transferencia se operó dentro del sector público.

⁵⁷⁹ Vid. Bermejo Vera, J.: *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, págs. 129 y ss. Ed. Tecnos. Madrid. 1975.

la Compañía Telefónica Nacional de España, lo cual supuso la expulsión del capital extranjero y el control estatal de la compañía ante la dispersión del resto del capital⁵⁸⁰.

Si bien la nacionalización y el servicio público no son conceptos coincidentes, aquélla va a tener una importante repercusión sobre el último, por cuanto será el cauce para que el Estado se haga con el control e imponga el monopolio de explotación en los servicios. A este proceso se unirá el dato de que aquellos servicios cuya implantación no requería la transferencia de bienes en favor del Estado, nacían ya monopolizados por éste⁵⁸¹.

Concretando la política de nacionalizaciones en el sector eléctrico, hay que referirse al modelo británico según el estudio que realiza Villar Rojas, tomando como referencia central la Electricity Act de 1947 que completó la estatalización de la energía eléctrica, añadiendo a la red de alta tensión las empresas encargadas de la producción y distribución de electricidad. Todas las compañías pasaron a ser propiedad estatal y fueron organizadas bajo el principio de separación entre la producción y la distribución. Así se constituyó la British Electricity Authority⁵⁸² responsable de la generación de electricidad y doce empresas públicas de ámbito regional, las Area Electricity Boards, encargadas de su distribución. El legislador declara el monopolio público sobre la actividad y opta como instrumento de gestión por las Corporaciones públicas, entes con autonomía funcional respecto del Gobierno central.

L'Electricity Act de 1947, recogiendo las ideas de un inicial proyecto impulsado por el partido laborista bajo el liderazgo de Herbert Morrison en 1932 y siguiendo el programa electoral del Gobierno socialista de Clement Atlee, vencedor en las elecciones dos años antes, acomete un amplio programa nacionalizador de las industrias básicas: energía, banca, siderurgia, transporte, energía. Doscientas empresas privadas y 369 empresas municipales son nacionalizadas e integradas en una sola empresa pública, la British Electricity Authority

⁵⁸⁰ Vid. De la Vallina Velarde, J.L.: Régimen jurídico-administrativo del servicio telefónico, págs. 97 y ss.

⁵⁸¹ Lo que según la opinión de algunos autores en cierto modo es una nacionalización, *vid.* Martín Mateo, R.: *Ordenación del sector público...*, op. cit., pág. 82; De la Cuétara Martínez, J.M.: *La actividad de la Administración*, op. cit., pág. 175.

⁵⁸² Según el artículo 1.1 de la Electricity Act de 1947, la British Electricity Authority tiene la obligación de desarrollar y mantener un sistema eficaz, coordinado y económico de suministro de electricidad en Inglaterra y País de Gales.

que confía la distribución a 14 Consejos regionales bajo la consideración y directrices de una Central Authority. El regreso de los “tories” en las siguientes elecciones de 1951 no se traduce en un movimiento de sentido contrario privatizador ni desnacionalizador, que debía llegar muchos años más tarde.

En 1946 se nacionaliza la industria eléctrica y gasista francesa⁵⁸³, encomendando al establecimiento público nacional Electricité de France la producción, el transporte, la distribución, así como la importación y exportación de electricidad.

6. EL MODELO ESPAÑOL DE AUTORREGULACIÓN O LA CREACIÓN DE UNESA.

En España, en 1944 se crea la empresa UNESA para coordinar los medios de producción y transporte de energía eléctrica⁵⁸⁴, y servir de respuesta desde una óptica de

⁵⁸³ Ley de 8 de abril de 1946 sobre la nacionalización de la electricidad y el gas.

⁵⁸⁴ UNESA se constituye en Madrid el 3 de agosto de 1944 como Sociedad Mercantil Anónima, denominándose Unidad Eléctrica, S.A. y por contracción “UNESA”. El objeto de la Sociedad es:

- a) Conjugación de las producciones mediante los programas de utilización de la energía conducentes a lograr el aprovechamiento más completo posible de las fuentes generadoras y un amplio abastecimiento de los mercados.
- b) Construcción de las interconexiones de los sistemas regionales y de éstos con las centrales térmicas necesarias para completar, con las que realicen las empresas aisladamente o agrupadas, la red eléctrica primaria dedicada a conjugar económicamente los medios de producción de energía eléctrica y alimentar en toda la amplitud de sus necesidades los centros de consumo de la Nación.
- c) Difundir e intensificar la utilización de la energía eléctrica en todos los núcleos de población y en cuantas actividades económicas y sociales de la Nación sea la electricidad medio propulsor de las mismas.
- d) Estudiar la tipificación de los materiales e instalaciones eléctricas de más frecuente aplicación con vista a reducir su coste, nacionalizar su fabricación y perfeccionar los servicios eléctricos.
- e) Estudiar asimismo cuantas cuestiones de carácter general interesen a la economía y a la técnica eléctricas, creando al efecto los centros de investigación y asesoramiento adecuados y contribuyendo a facilitar la formación profesional de los técnicos españoles.
- f) Contratar con el Estado la energía precisa para cubrir las necesidades de sus servicios públicos e industriales de defensa nacional.
- g) Ejercer las demás misiones y facultades que el Consejo de Administración estime de interés común.

autorregulación sectorial al contexto nacionalizador que viviría el sector eléctrico europeo. Su antecedente institucional, aunque en un marco regulatorio marcadamente diferente, hay que encontrarlo en 1920 con la constitución como asociación de derecho privado, de la “Asociación de Productores y Distribuidores de Electricidad”, integrada por 52 sociedades⁵⁸⁵, a la que nos hemos referido anteriormente. Nueve años más tarde se publicó un Real Decreto por el que se reconocería personalidad jurídica, con carácter de representación exclusiva del sector de productores de electricidad, a la entidad que justifique debidamente hallarse integrada por las que transforman por lo menos el 70% de la potencia eléctrica aplicada al consumo anual del país⁵⁸⁶.

UNESA la constituyen las siguientes Sociedades: Hidroeléctrica Española, S.A.; Sociedad General Gallega de Electricidad; Sociedad Hispano Portuguesa de Transportes Eléctricos Saltos del Duero; Sociedad Anónima Hidroeléctrica Ibérica; Sociedad Anónima Electra de Viesgo; Sociedad Minera y Metalúrgica de Peñarroya; Sociedad Anónima Energía Eléctrica de Cataluña; Compañía Riegos y Fuerzas del Ebro, S.A.; Compañía Sevillana de Electricidad; Sociedad Anónima Compañía de Fluido Eléctrico; Compañía Anónima Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S.A.; Compañía Anónima Energías e Industrias Aragonesas, S.A.; Compañía Eléctrica de Langreo.

⁵⁸⁵ En 1934 se constituye, por mandato legal (Energie wirtschaftgesetz), en Alemania la Wirtschaftsgruppe Elektrizitätsversorgung (WEV) que asegura la misión de representar a productores y distribuidores de electricidad en la República Federal. En el sector gasista su Asociación representativa era la Reichsgruppe Energiewirtschaft.

⁵⁸⁶ Se establecían como beneficios o potestades para esta entidad los siguientes, que se configuran en unos términos puramente contractuales, con arreglo a un encuadramiento de derechos y obligaciones, definidos, entre otros, en los siguientes términos:

1. Beneficios.

a) Representación oficial de las Cámaras de Industrias, en sustitución y en nombre de los productores y distribuidores de electricidad.

b) Derecho a informar sobre todo proyecto de legislación referente a la producción y distribución de energía eléctrica.

c) Informar sobre todo proyecto de red nacional, parcial o total.

e) Informar en todo suministro de interés general que necesite el Estado para sí o sus organismos delegados.

2. Deberes.

a) Cooperación con los organismos del Estado para formar detalladas estadísticas de producción, distribución y consumo.

b) Cooperación en reestructuración de aprovechamientos eléctricos.

Por Real Orden de 1 de abril de 1930 se autorizó el cambio de nombre de la Asociación de Productores y Distribuidores de Electricidad por el de Cámara Oficial de Productores y Distribuidores de Electricidad⁵⁸⁷.

Como anteriormente se precisó, las circunstancias que produjeron la expansión del sector público fueron comunes en Europa y España: Los Estados asumieron la tarea de revitalizar la industria y la protección de sectores estratégicos, tras las guerras mundial y civil, ante la insuficiencia de recursos privados suficientes para realizarla. El mecanismo utilizado en Europa para ello fue principalmente asumir la titularidad de las empresas operantes en los sectores esenciales de la actividad económica que pasaron a formar parte de la propiedad estatal. El desarrollo de la segunda mitad del siglo contempla en Europa occidental la expansión de empresas públicas en todos los sectores económicos, no sólo los estratégicos, y la utilización de las mismas como motor de principios de política económica conformes con el Estado social y democrático de Derecho que consagran los textos constitucionales. En éste contexto, sin embargo, la respuesta del sector eléctrico español, fue diferente.

José M^a de Oriol, como promotor de UNESA, jugó un papel de extraordinaria importancia en esos años promoviendo un diseño sectorial alejado de las tesis nacionalizadoras, que encontraban valedores en el seno del Instituto Nacional de Industria (INI)⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Ver Reglamento de la Cámara Oficial de Productores y Distribuidores de Electricidad, Orden del Ministerio de Industria de 24 de noviembre de 1933. En ejecución de la Ley de 26 de enero de 1940 sobre Unión Sindical, se suprime esta Cámara Oficial de Productores y Distribuidores de Electricidad.

⁵⁸⁸ Un Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia del año 1993 señala que la sequía de los años 1944 y 1945 obligó a los empresarios a coordinar los medios de producción existentes, aprovechando mejor los recursos disponibles. Las diecisiete empresas más importantes constituyeron UNESA, que se definía a sí misma como *“una entidad de coordinación de todas las empresas en ella integradas, mediante el ejercicio de una acción pública realizada como si una sola entidad produjera, transportara y distribuyera la energía eléctrica de nuestro país”*.

Para ello, se fue completando la red de transporte de electricidad, para permitir que se interconectasen entre sí todos los sistemas regionales, de modo que quienes dispusieran de exceso de energía pudiesen cederla a quienes fuesen deficitarios. Para ello se creó en 1944 una Oficina Técnica denominada “Dispatching Central” para dirigir conjuntamente la explotación de todas las centrales y conseguir su mayor eficacia. En 1953, los intercambios de electricidad entre las distintas empresas eléctricas, que hasta entonces se realizaban fundamentalmente dentro de cada zona, se extendieron a todo el sistema peninsular, y se consiguió que la red de transporte de energía funcionase como red única, controlada por el Repartidor Central de Cargas (RECA) dependiente de UNESA.

Los fundadores de UNESA⁵⁸⁹ eran las catorce empresas generadoras de energía eléctrica con una producción agregada de 3.211 MWh que representaban un 68% del total nacional. Para entrar en UNESA era preceptivo superar una producción anual de 75 millones de kWh. En UNESA las acciones se repartían proporcionalmente a la producción medida en millones de kWh de sus centrales térmicas e hidráulicas en el momento de su ingreso en UNESA, incrementado ese número en los kWh distribuidos al abonado final por la empresa matriz y filiales en el año inmediato anterior a aquel en que se llevó a cabo la distribución del capital.

Los primeros pasos de UNESA coincidieron con una gravísima crisis energética que obligó a restringir el consumo eléctrico en amplias zonas del país, afectando por igual al consumo doméstico e industrial. La imposibilidad de satisfacer la demanda se prolongó durante diez años hasta 1954.

Fruto del clima de colaboración que presidió las relaciones iniciales de UNESA con los organismos oficiales, el Ministerio de Industria implicó de lleno a la empresa eléctrica en la tarea de combatir la escasez energética con tres encargos fundamentales: a) elaborar un programa de restricciones; b) buscar los medios de intensificar el uso de las térmicas y, por ende, c) organizar su funcionamiento.

Era además imprescindible poner en marcha el Plan de conjugación. Dicho Plan conjugaría los diferentes sistemas regionales de producción de energía eléctrica, utilizando una sola unidad de explotación, a los efectos de buscar el objetivo de máximo rendimiento en las unidades hidráulicas y térmicas existentes y en la utilización de las redes de interconexión que seguían en su funcionamiento y fijación tarifaria las directrices

⁵⁸⁹ Los Consejeros fundadores de UNESA fueron las siguientes empresas: Hidroeléctrica Española, Saltos del Duero, Compañía Fluido Eléctrico, Eléctricas Reunidas, Energía Eléctrica de Cataluña, Hidroeléctrica Ibérica, Sevillana, Unión Eléctrica Madrileña, Compañía Eléctrica de Langreo, Mengemus, Electra de Viesgo, Energía e Industrias Aragonesas, Hidroeléctrica del Chorro, M.M. de Peñarroya. Entre 1944 y 1949 se incorporan las siguientes empresas: Iberduero, Sociedad Gallega Electricidad, Eléctrica Guipuzcoana, Hidroeléctrica del Cantábrico, Nansa Ponferrada, Riegos de Levante, Luz y Fuerzas de Levante. Entre 1950 y 1955 tienen lugar las siguientes incorporaciones: Fuerzas Eléctricas del Noroeste, Saltos del Sil y Fuerzas Eléctricas de Cataluña.

establecidas desde UNESA⁵⁹⁰. Además se estableció una fórmula compensatoria para la función reguladora que desempeñaría una empresa con la energía recibida de otra, para entregar a una tercera.

En opinión de Juan Velarde, los problemas técnicos antes aludidos “y ante lo sucedido en Francia y en Italia [es decir, la nacionalización de la industria eléctrica], surgió la idea de estatificar este sector y, como era prioritario, dedicar a él buena parte de las posibilidades financieras del INI. Fue decisiva la acción de José María de Oriol, Conde de la Casa Oriol, frente a esta propuesta del ingeniero Aranguren, quien tenía mucho prestigio por haber sido el impulsor de Ensidesa, rompiendo el monopolio de Altos Hornos de Vizcaya y su débil oferta de acero, otro factor de estrangulamiento. La vinculación de todas las empresas en UNESA, la creación de una red eléctrica de interconexión, como había predicado el famoso jesuita P. Pérez del Pulgar, y la creación de un nuevo sistema de tarifas y premios a la financiación de las empresas eléctricas que hiciesen nuevas inversiones, sacó al sector de una estatificación que se veía con claridad en el horizonte”

⁵⁹¹.

Salas Hernández atribuye, en mi opinión, acertadamente un papel muy significativo a UNESA en la conformación de un auténtico ordenamiento sectorial, dado que constituye el exponente de un aparato organizativo peculiar con formas de autoadministración interempresarial, que no sólo colaboran decisivamente con la Administración (entendida en sentido subjetivo y burocrático) sino que, incluso, intervienen en la configuración jurídica del sector eléctrico, de modo que la pluralidad de sujetos concurrentes en el mismo no resulta ser algo inorgánico y disperso, sino un conjunto cohesionado, en especial señala, el compuesto por las empresas eléctricas más importantes, que son precisamente las integradas

⁵⁹⁰ Ver art. 1º de la Orden Ministerial de 2 de diciembre de 1944, del Ministerio de Industria, por el que se aprueba el Plan de conjugación de sistemas regionales de producción. Esta Orden Ministerial tiene la singularidad de que encomienda a una persona física, D. José María de Oriol y Urquijo, en su calidad de Presidente de UNESA, la ejecución del Plan de conjugación de dichos sistemas regionales de producción de energía eléctrica, señalando que corresponderá a la Dirección General de Industria el dar las órdenes oportunas para el cumplimiento del Plan presentado por UNESA y en los términos de encomienda antes reseñados.

⁵⁹¹ Juan Velarde: *Prólogo, o los sucesivos agobios energéticos españoles*, en el libro de Juan Avilés Trigueros “La Energía en la España del Siglo XXI: 2000-2025”. Instituto de Estudios Económicos. 2001.

en UNESA⁵⁹². UNESA fue, a juicio de García de Enterría, la expresión de la autorregulación del sector por las propias empresas, cuya exigencia de rendimiento efectivo era el presupuesto del mantenimiento del sistema de empresa privada⁵⁹³

Es cierto –señalan Álvarez García y Duarte Martínez– que también en la España de los años cuarenta se barajaron, como antes apuntábamos, y ha estudiado con gran detalle y rigor Gómez de Mendoza, -las ideas nacionalizadoras en relación con el sector eléctrico. La solución adoptada en relación con la gestión del sistema eléctrico unificado para todo el país fue, sin embargo, la de autoadministración por los agentes del sector. Las propias empresas van a tomar las decisiones relativas al funcionamiento del sector eléctrico.

Lo cierto es que UNESA –añaden estos autores– nunca realizó las líneas de interconexión de los sistemas regionales previstas en el plan de conjugación, pero lo que sí hizo fue convertirse desde entonces en la gestora del Sistema Eléctrico Nacional, a través de la organización de la actividad de intercambio y cesión de energía entre empresas y zonas⁵⁹⁴. Dentro de ella, la función atribuida al Repartidor Central de Cargas (RECA) constituía una pieza clave en el funcionamiento del sector.

A juicio, que compartimos, de Gaspar Ariño, el RECA era desde el punto de vista orgánico un departamento de una sociedad privada, UNESA, pero desde el ángulo funcional ejercía una verdadera competencia pública, en tanto que ostentaba un poder de dirección sobre el servicio eléctrico, manifestado en la emisión de directrices y órdenes vinculantes para todos los operadores del sistema⁵⁹⁵. O dicho en otros términos, era UNESA la portadora a través de las funciones que dentro de su organización eran atribuidas al RECA

⁵⁹² Ver Javier Salas Hernández, Régimen Jurídico–Administrativo de la Energía Eléctrica, pág. 32.

⁵⁹³ Prólogo de Eduardo García de Enterría al libro de Jesús Trillo–Figuroa y F. de Borja López–Jurado sobre *La Regulación del Sector Eléctrico*. Civitas, 1996.

⁵⁹⁴ Vicente Álvarez García y Rafael Duarte Martínez. *Administración Pública y Electricidad*. Cuadernos Civitas 1997, págs. 65–68.

⁵⁹⁵ Gaspar Ariño y Lucía López de Castro *El sistema eléctrico español. Regulación y Competencia*, pág. 92. Ediciones Montecorvo, S.A. 1998. Madrid.

de verdaderas potestades públicas, sin perjuicio del poder último regulador reservado a la Dirección General del Ministerio de Industria.⁵⁹⁶

Con el Plan Energético Nacional presentado por el Gobierno el Congreso de los Diputados el 28 de julio de 1979 reabre la forma y cometido que debe adoptar, a juicio de la Administración, la representación del sector eléctrico español.

Entre las Resoluciones aprobadas por las Cortes Generales se propone:

“Que se cree una asociación de las empresas del sector eléctrico para la distribución de los recursos de energía disponibles, sin ánimo de lucro, y con una intervención vinculante en todos sus aspectos de una Delegación del Gobierno, que dispondrá de derecho de veto sobre cuantos acuerdos del Consejo considere lesivos a los intereses públicos”.

respondiendo a la necesidad de creación de una entidad de estas características *“que tenga como finalidad la óptima utilización y distribución de los recursos de energía disponibles”*. Dicha entidad *“estará facultada para dar instrucciones a las empresas respecto a la mejor utilización –antes subrayábamos el término óptimo que devendrá en una función “la optimización del sistema” (LOSEN 1984)– de los medios de generación y transporte”*.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Expresiones concretas de este poder ordenador del RECA las encontramos con nitidez en el Decreto de 12 de diciembre de 1972 (art. 9): *“Las empresas presentarán periódicamente a la Dirección General de Energía y al Repartidor Central de Cargas (RECA) información sobre la situación y evolución de las demandas y sus mercados y de las condiciones de explotación de los medios de producción y de transporte. Esta información permitirá comprobar la situación de cobertura firme de la demanda de los mercados de las empresas o agrupaciones de empresas y del conjunto del sistema peninsular y servirá para asegurar el mantenimiento de los niveles de garantía de cobertura mediante la adopción de medidas de explotación adecuadas a las circunstancias de la situación real del sistema”*.

⁵⁹⁷ El Congreso de los Diputados consideraba pues, a instancias del Gobierno, necesaria la potenciación *“del control de la Administración sobre la acción de los medios utilizados para la generación de energía eléctrica, sobre el trazado de las líneas para su transporte y la calidad del servicio de suministro”*. Así pues, el diseño general de las directrices de actuación del sector eléctrico quedaba ordenado, desde la perspectiva interventora, por la propia Administración del Estado.

7. LA PROGRESIVA INTENSIFICACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES DEL PODER DE REGLAMENTACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS DEL SECTOR.

El Decreto de 12 de enero de 1951⁵⁹⁸, introdujo una nota claramente interventora en el funcionamiento general del sistema, además de modificar artículos principales –82 y 83– del Reglamento de Verificaciones de 1933⁵⁹⁹.

Dos iban a ser los efectos principales de esta disposición. De una parte, la fijación del transporte obligatoria, a través de las redes de las empresas integradas en lo que se calificaba como Red General Peninsular. Transporte cuyas condiciones económicas y tarifarias se fijaban subsidiariamente por el Estado, ya que a éste, a través del Ministerio de Industria le correspondía establecer las tarifas de transporte cuando no se hubiera previamente alcanzado un acuerdo o acuerdos entre las empresas en el seno de sus Instituciones correspondientes, que actuaban así en el ejercicio de funciones o potestades públicas.

Asimismo, se imponía a las empresas, en razón del anterior principio de conjugación, la necesidad por razones de interés general y previa aprobación del Gobierno, de la energía disponible de origen térmico, hidráulica o de centrales, estatales o privadas, que no dispusieran de redes propias de distribución. En momentos de déficit del sistema, aquéllas deberían adquirir energía térmica de los autoproductores industriales. *“El Ministerio de Industria y Comercio ordenará a la Oficina Liquidadora que incluya como cantidad a compensar, en la cuenta de liquidación de recargos, el déficit que pudiera originarse a las empresas por estas entregas de energía de precios que no sean remunerados”*.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ BOE núm. 33, de 2.2.1951.

⁵⁹⁹ Así se deduce de la lectura del preámbulo de esta norma: *“El Estado, que propugna y mantiene los principios generales de defensa de la iniciativa privada, ha de proceder en tal forma, que por medio de regulaciones y unificaciones como las que por este Decreto se establecen, se produzcan, en beneficio de los consumidores, resultados similares a los que se obtendrían por una concentración en una sola mano de los medios de producción”*.

⁶⁰⁰ Decreto de 12 de enero de 1951 sobre ordenación de la distribución de la energía eléctrica y establecimiento de tarifas de aplicación.

La novedad del Decreto adoptado consiste, a juicio de Salas Hernández, en el carácter general de las prestaciones a favor de aquellas empresas que realicen determinadas actividades y estén acogidas al régimen de tarifas tope unificadas y, por otra, a la procedencia del fondo de ayuda, que se nutre del llamado complemento “r” satisfecho por los propios usuarios como recargo sobre la tarifa base –tomando como punto de apoyo el régimen tarifario precedente de 1945, que preveía la aplicación de recargos transitorios para compensar el exceso de coste de la producción de origen térmico–.⁶⁰¹

Otras manifestaciones de la intensa regulación administrativa del sector irán apareciendo en sucesivas normas. Así, en primer término, las que definen el nuevo sistema de primas o ayudas del sector, como la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1952⁶⁰², sobre compensaciones a las empresas eléctricas acogidas al régimen de “Tarifas tope unificadas”⁶⁰³.

⁶⁰¹ Así pues, a partir de este Decreto se implanta, mediante modificación parcial del Decreto de 1954 que aprueba el Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía, reconociéndose con ello el derecho de las empresas a la percepción de una compensación por determinados conceptos entre los que se incluye el coste de la energía térmica según el número de kW/h, o las llamadas compensaciones extrapeninsulares entre otras partidas que se integran. Tal sistema llevaba a cabo una modificación de la estructura tarifaria a la que se añadía un recargo sobre la tarifa base, el “recargo r”, como fondo de compensaciones cuya gestión y distribución entre empresas se encomienda a OFILE.

⁶⁰² Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1952 sobre compensaciones a las empresas eléctricas acogidas al régimen de “Tarifas tope unificadas”.

Ver Ramón Tamames: *Estructura económica de España*. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid. 1960.

⁶⁰³ El art. 5º de esta Disposición dispone que:

“El funcionamiento de las centrales térmicas será orientado por el Ministerio de Industria, en cuanto sea posible, al efecto de que sólo produzcan energía cuando así lo exija la insuficiencia de la producción hidroeléctrica en la Red General Peninsular.

Con el expresado fin, las entidades con centrales térmicas, estén o no acogidas al régimen de tarifas tope unificadas, vendrán obligadas a establecer las interconexiones precisas para colocarse en condiciones de ceder y recibir energía procedente de otras centrales hidráulicas o de otras térmicas cuyo funcionamiento se estime más conveniente para la economía nacional, en atención a la cuantía y clase del combustible que consuman”.

Asimismo, se afirma en el artículo 6º, Fórmula B), apartado d), párrafo 4º:

“El funcionamiento de estas centrales será ajustado estrictamente a las órdenes de la Administración, tanto en lo que se refiere a la cantidad de energía que haya de producirse como a la oportunidad de dicha producción y a su utilización o destino”..

La Orden Ministerial comunicada a la Dirección General de Industria de 27 de mayo de 1953⁶⁰⁴, por la que se fija el “equivalente hidráulico”, o sea el precio de la energía de origen térmico producido en centrales acogidas al régimen de compensación de la “Fórmula B” prevista en el artículo 6º de la Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1952.

El Decreto de 18 de diciembre de 1953 sobre intercambios o cesiones internacionales entre empresas de producción de energía eléctrica⁶⁰⁵, o la Orden Ministerial de 18 de

⁶⁰⁴ Orden Ministerial comunicada a la Dirección General de Industria de 27 de mayo de 1953, por la que se fija el “equivalente hidráulico”:

“3º. De acuerdo con lo previsto en el artículo 6º de la O.M. de 23-12-1952, y a fin de obtener el mejor rendimiento del sistema energético en el país, la energía térmica de compensación podrá ser adquirida al precio del ‘equivalente hidráulico’ por las empresas eléctricas únicamente cuando, a juicio de la Administración, exista un déficit de producción de energía de origen hidráulico en la ‘red general peninsular’”.

“4º. Cuando una empresa eléctrica tenga déficit de producción hidroeléctrica, viene obligada a establecer los pertinentes acuerdos con otra empresa que tenga energía hidroeléctrica ‘disponible y utilizable’, debiendo adquirir dicha energía con prioridad sobre la térmica de compensación. El precio del ‘equivalente hidráulico’ sólo será aplicado para la energía térmica que sea adquirida en los casos de falta de energía hidroeléctrica”.

“6º. Cuando no hubiera acuerdo entre las empresas, los Delegados de Restricciones en cada zona o los servicios centrales de la Dirección General de Industria dictaminarán si existe energía hidroeléctrica ‘disponible y utilizable’ que técnicamente hubiera podido ser utilizada en lugar de la energía térmica de compensación.

A este efecto, la empresa con energía hidráulica ‘disponible’ lo comunicará por escrito, detallando las cantidades de energía y potencia que pueda ceder en las distintas horas, a UNESA o a las empresas con déficit, a la Delegación de Restricciones de zona y a los Servicios Centrales de la Dirección General de Industria. Se registrará el día y hora de entrada de dicha comunicación en la Dirección General de Industria y una vez transcurridas las primeras veinticuatro horas de día hábil, se considerará que a partir de dicho momento –si el dictamen confirma la existencia de ‘energía disponible y utilizable’– la energía térmica de compensación será computada al precio señalado en el artículo 5º”.

“7º. Entre las empresas eléctricas que reciban energía térmica de compensación al precio del ‘equivalente hidráulico’ y las que produzcan dicha energía, se establecerán los acuerdos necesarios para lograr el aprovechamiento más racional de la energía de los sistemas conectados.

Estos acuerdos deberán regular, entre otros, los problemas originados por las variaciones de carga, señalándose las condiciones de preaviso de estas variaciones. Las empresas darán cuenta a la Dirección General de Industria de los casos de discrepancia entre las partes, y la Dirección General resolverá a la vista de las condiciones previstas en las normas de entrega y de las circunstancias que concurran en cada caso”.

⁶⁰⁵ Decreto de 18 de diciembre de 1953 sobre intercambios o cesiones internacionales entre empresas de producción de energía eléctrica:

Artículo 1º:

“Todos los actos y contratos que en su ejecución vayan a determinar intercambios o cesiones de energía eléctrica, con compromiso de devolución o pago y que impliquen obligación, en cuanto a cantidades de energía, potencias comprendidas y época de entrega, con arreglo a unas bases que puedan ser establecidas

septiembre de 1954⁶⁰⁶ que fijaba los precios de la energía producida en centrales térmicas acogidas a la Fórmula B) dando concretas instrucciones sobre la distribución y liquidación de dicha energía⁶⁰⁷.

previamente entre empresas españolas y otras de naciones fronterizas, no serán válidos ni podrán tener efectividad si no se obtiene la aprobación del Ministerio de Industria mediante los trámites que después se consignarán.

Lo expuesto en el párrafo precedente se entiende sin perjuicio de lo que, en su caso, se halle establecido o se establezca en convenios especiales de carácter internacional y en la legislación arancelaria”.

⁶⁰⁶ Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1954 por la que se fijan los precios de la energía producida en centrales térmicas acogidas a la Fórmula B) y se dan instrucciones sobre la distribución y liquidación de dicha energía:

“1º. La energía producida por las centrales térmicas acogidas a la Fórmula B) de compensación será en cada momento destinada por los servicios de la Dirección General de Industria a donde resulte más conveniente según la situación técnica de los diferentes mercados eléctricos y las disponibilidades de energía de otras procedencias, reservando previamente, si fuera necesario, la potencia y cantidad de energía que se precise para aplicaciones que se señalen como de especial interés nacional”.

⁶⁰⁷ También era de interés la Orden de 28 de junio de 1957 sobre distribución de energía térmica y equivalente hidráulico señala que:

“La distribución de la energía producida por las centrales térmicas acogidas a la Fórmula B) de compensación y la recibida de Francia con carácter de auxilio, continuará ordenándose por los Servicios de la Dirección General de Industria con arreglo a las normas señaladas en el punto primero de la Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1954”.

Una Orden de 12 de julio de 1957 especifica los estudios que deben acompañarse a las peticiones de autorización para instalar centrales, subestaciones y líneas eléctricas.

El 30 de enero de 1960 se promulga una Orden sobre liberalización del comercio exterior de energía eléctrica entre países miembros de la OECE de redes interconectadas (BOE de 11 de febrero. Ministerio de Industria), que establece que la entrada y salida de esta energía en España se ajustará en sus aspectos técnicos a las normas y regulaciones dictadas por el Ministerio de Industria.

La Orden del 30 de junio de 1962, por la que se ordena la liquidación de la energía térmica de la Fórmula B) de los años 1960 y 1961, y se señalan valores para las primas de nuevas construcciones durante dichos años (BOE de 7 de julio. Ministerio de Industria), dispone que:

“Segundo. La distribución de la energía producida por las centrales térmicas acogidas a la Fórmula B) de compensación y la recibida de Francia con carácter de auxilio continuará ordenándose por los Servicios de la Dirección General de Industria con arreglo a las normas señaladas en el punto primero de la Orden Ministerial de 18 de septiembre de 1954”.

La Orden de 14 de julio de 1967, por la que se regulan las compensaciones de la Fórmula B) de centrales térmicas y de subestaciones y líneas de transporte de las empresas eléctricas (BOE de 25 de julio. Ministerio de Industria), en su artículo 1º, señala que:

Apartado 1.7:

“El funcionamiento de estas centrales será ajustado estrictamente a las órdenes del Ministerio de Industria, tanto en lo que se refiere a la cantidad de energía que haya de producirse como a la oportunidad de dicha producción y a su utilización o destino”.

Especialmente importante es la Orden de 31 de julio de 1969⁶⁰⁸ por la que se aprueba el Plan Eléctrico Nacional, y en la que se concede al Repartidor Central de Cargas de UNESA la conjugación del sistema. Así, siguiendo normas y directrices de la Dirección General de Energía y Combustible, continuará efectuando la conjugación de las diferentes zonas de producción de energía eléctrica, utilizándolas como una sola unidad de explotación, para el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos.⁶⁰⁹

A comienzos de los setenta⁶¹⁰ se estableció el régimen de primas de compensación a las centrales térmicas durante el período de pruebas de las mismas, señalando un plazo mínimo de un mes de antelación a la fecha de terminación del montaje de cada grupo de una central térmica, para que la empresa propietaria presentara a la Dirección General de

Apartado 1.8:

“El transporte y distribución de esta energía se hará a través de la Red General Peninsular y Redes de las Islas Baleares, Ceuta y Melilla, aplicándose, si fuera preciso, a compensar el déficit de producción y ayuda entre empresas y zonas, pudiendo destinarse también a suministros de superior y característico interés, a que se refiere el artículo 82 del Reglamento de Verificaciones Eléctricas y Regularidad en el Suministro de Energía”.

Ver también el Decreto 1484/1968, de 11 de julio, por el que se reorganizan la Dirección General de Minas y Combustibles y la Dirección General de la Energía, dispone que:

“Artículo primero. ‘Art. Quinto’

Dos.– Dependerán directamente del Director General las siguientes unidades:
Sección Novena.– Explotación del Sistema Eléctrico.

Tres.– Están adscritas a la Dirección General de Energía y Combustibles:
Tres) La Dirección del Repartidor General de Cargas Eléctricas.
Cuatro) El Servicio Analizador de Redes”.

⁶⁰⁸ Orden de 31 de julio de 1969 por la que se aprueba el Plan Eléctrico Nacional.

⁶⁰⁹ “La prioridad de funcionamiento de las centrales se ordenará por costes marginales de menor a mayor teniendo en cuenta los gastos inherentes a la interconexión y transporte de la energía, procurando la máxima utilización de los recursos nacionales compatibles con la economía de la explotación y tendiendo a la colocación en la base del diagrama de cargas de las centrales nucleares y de las centrales térmicas de carbón a bocamina, con vistas a lograr una utilización mínima anual en año y medio de seis mil horas a las centrales de carbón y nucleares”. De esta forma se recoge textualmente en la Orden de 1969, antes citada.

⁶¹⁰ Ver Orden de 12 de diciembre de 1970.

Energía y Combustibles, por mediación de la Delegación Provincial del Ministerio de Industria⁶¹¹, el correspondiente programa de pruebas.

⁶¹¹ • Decreto de 30 de julio de 1972 sobre reorganización del Ministerio de Industria.

V. Dirección General de la Energía.

Artículo quince.— Uno. A la Dirección General de la Energía le corresponde la elaboración y ejecución de la política del Departamento en relación con la planificación, producción, distribución, transformación y consumo de las diversas formas de energía y de sus fuentes.

Dos. La Dirección General se estructura en las siguientes unidades:

- a) Subdirección General de Planificación Energética.
- b) Subdirección General de Combustibles.
- c) Subdirección General de Energía Eléctrica.

Tres. Dependerá directamente del Director General la Comisión Permanente Española de Electricidad.

Cuatro. Quedan adscritas a la Dirección General de la Energía:

- a) La Secretaría de la Comisión Nacional de Combustibles.
- b) La Dirección del Repartidor de Cargas Eléctricas.
- c) El Laboratorio Central de Electrotecnia, sin perjuicio de su dependencia de la Escuela Técnica Superior de Ingenieros Industriales de Madrid, como, asimismo, el Centro de Ensayos e Investigación para la Industria Eléctrica, regulado provisionalmente por la Orden del Ministerio de Industria de veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y dos, y todo ello hasta que se adopte por el referido Centro su configuración definitiva.

Artículo dieciséis.— A la Subdirección General de Planificación Energética le corresponde estudiar las características estructurales del sector al que extiende su competencia la Dirección General, elaborar los planes que se consideren necesarios para su ordenación, coordinar la ejecución de los que se aprueben, analizar y evaluar su desarrollo y proponer las medidas correctoras que en cada caso se estimen oportunas para la obtención de los objetivos previstos.

Artículo dieciocho.— La Subdirección General de Energía Eléctrica tendrá a su cargo el desarrollo de las funciones relacionadas con la producción, distribución y consumo de energía eléctrica.

- Orden de 7 de octubre de 1972 sobre reorganización del Ministerio de Industria.

Quinto.— La Dirección General de la Energía se organiza en las unidades siguientes:

- I. Subdirección General de Planificación Energética.
 - 1. Sección 1ª: Programación y Coordinación Energética.
 - Negociado de Programación.
 - Negociado de Coordinación.
 - 2. Sección 2ª: Abastecimiento Energético.
 - Negociado de Planes Nacionales.
 - Negociado de Coordinación de los Recursos.
 - 3. Sección 3ª: Economía del Sector Energético.
 - Negociado de Estudios Económicos.
 - Negociado de Política de Precios.

Una vez aprobado el programa de pruebas con o sin modificaciones, o transcurrido dicho plazo sin que la Dirección General de Energía y Combustibles haya dictado resolución expresa, comenzarán las pruebas tan pronto el grupo esté en condiciones de ser acoplado a la Red General Peninsular, lo que se deberá comunicar al Repartidor Central de Cargas, al menos, con cuarenta y ocho horas de antelación. La Delegación Provincial del Ministerio de Industria mediante el acta de puesta en marcha certificará el comienzo de las pruebas.

Por Decreto de 21 de diciembre de 1972⁶¹² se aprueban las condiciones del Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica⁶¹³, y por Orden Ministerial de diciembre de 1972 se establecen las bases para el desarrollo y la explotación conjunta del Sistema Eléctrico Peninsular⁶¹⁴.

Entre otras importantes medidas derivadas de estas disposiciones se encuentra el reconocimiento a favor de las empresas eléctricas de percibir como compensación por consumo de carbón en las centrales térmicas la diferencia entre el precio de adquisición por

III. Subdirección General de Energía Eléctrica.

1. Sección 1ª: Centrales Eléctricas.
 - Negociado de Centrales.
 - Negociado de Compensaciones.
2. Sección 2ª: Instalaciones de Transporte y Distribución.
 - Negociado de Transporte e Interconexión.
 - Negociado de Transformación.
 - Negociado de Distribución.
3. Sección 3ª: Electrificación Rural.
 - Negociado de Preparación de Planes.
 - Negociado de Ejecución de Planes.
4. Sección 4ª: Explotación del Sistema Eléctrico.
 - Negociado de Explotación.
 - Negociado de Regulación del Sistema Eléctrico.

⁶¹² Decreto de 21 de diciembre de 1972 por el que se crea el Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica.

⁶¹³ Ver Decreto 3561 de 21 de diciembre de 1972 sobre las condiciones del Sistema Integrado de Facturación de Energía Eléctrica (BOE de 15.01.1973).

⁶¹⁴ Orden Ministerial de 23 de diciembre de 1972 (BOE de 23.01.1973).

unidad calorífica que el Ministerio de Industria determine para cada tipo de dicho combustible y el límite que dicho Ministerio señala para hacer posible la utilización de las distintas calidades de carbón con un rendimiento económico medio similar al del fuel-oil. Por otro lado se establecía que las empresas eléctricas recibirían la deuda atrasada que OFILE tuviera con ellas con cargo a los recursos que el Ministerio hubiera destinado a tal fin.⁶¹⁵

El Real Decreto 774/1984, conforma un nuevo sistema de compensaciones que tiene por objeto principal cubrir:

- a) Las diferencias en los costes de generación y, en su caso, de adquisición de energía eléctrica, tanto fijos como variables, precisos para el mantenimiento del sistema.
- b) Las diferencias de ingresos debidas a la distinta estructura de los mercados de las empresas eléctricas.

La competencia para el establecimiento de las compensaciones se sitúa a favor del Ministerio de Industria y Energía, si bien se concede al sector un papel consultivo no vinculante en este proceso “... oídas las empresas eléctricas de UNESA”.

En la importante Orden de 30 de julio de 1984 se determinan los conceptos de costes compensables, donde se definen unos valores estándares (de las instalaciones de generación; de los combustibles utilizados; de las instalaciones de distribución, etc.) independientes de los valores contables y una remuneración de los mismos singular que no se corresponde con la estructura del pasivo sino que garantiza una rentabilidad superior a aquellas empresas con unos costes inferiores a la media.

Las compensaciones se inscriben pues en una doble vía: a) como una parte integrante del sistema tarifario, destinándose una parte alícuota de los ingresos de las empresas a un Fondo o Caja de Compensación cuya administración corresponde a un organismo público, y

⁶¹⁵ En materia de las denominadas compensaciones entre empresas, se abría un nuevo capítulo a través del Real Decreto 52/1975, de 24 de enero, que aprueba un incremento tarifario “para compensar las subidas de precios producidas en los combustibles líquidos y en los carbones destinados a centrales térmicas” que amortigüe los costes variables de generación de las empresas por el referido motivo

b) como un mecanismo de redistribución de rentas de acuerdo con objetivos o técnicas de fomento de la política industrial adoptada por el Ministerio de Industria por razones de política económica general.

Una penúltima confección del sistema de fijación de las compensaciones tiene lugar a través del Real Decreto 162/87, de 6 de febrero, en el que se fijan las tarifas eléctricas para aquel período⁶¹⁶.

8. LOS ANTECEDENTES PRÓXIMOS DE LA LIBERALIZACIÓN EUROPEA Y LA ACOMODACIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: LA LOSEN Y EL PROTOCOLO ELÉCTRICO. PRIMER ENSAYO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD.

A los antecedentes remotos hemos pretendido ya referirnos en los párrafos precedentes. En ellos se ha intentado destacar cómo el sector nace a impulsos de las primeras aplicaciones electrotécnicas de las innovaciones industriales sobre el alumbrado local a finales del siglo XIX y sobre esa base se van tejiendo dos puntos de apoyo del mismo: el normativo, asentado en los mecanismos de ordenación, tutela y control del suministro que llevan a cabo los municipios; y económico, a través del despliegue de las primeras instalaciones, industrias y comercios.

En 1984 se diseña un cambio de orientación en la regulación del sector eléctrico con clara voluntad de optimizar su funcionamiento a través de la intensificación del control y la intervención administrativa en un elemento central de su funcionamiento: el transporte por las redes de alta tensión y la explotación unificada de su despacho técnico. La Ley 49/1984 reemplaza el mecanismo de coordinación interempresarial que en régimen de autorregulación bajo la supervisión pública desempeñaba inicialmente UNESA y por un breve período ASELECTRICA, por la nacionalización de la actividad de explotación previa declaración de la misma como servicio público de titularidad estatal, y reserva de la gestión

⁶¹⁶ Ver también como antecedentes normativos del nuevo régimen de compensaciones la Resolución de la Dirección General de la Energía por la que se fijan los parámetros básicos para la aplicación del sistema de compensaciones; y las Resoluciones de la Dirección General de la Energía de 28 de febrero y 24 de octubre de 1986, por las que se determinan los pagos e ingresos entre diversos subsistemas eléctricos.

de tal sistema a favor de una Sociedad Estatal, Red Eléctrica de España, S.A., a la que las empresas deberían transmitir los recursos y medios necesarios para el desempeño de su nueva función.

En el año 1987 se instaura por Decreto–Ley un nuevo régimen tarifario denominado ambiciosamente “Marco Legal y Estable”, rúbrica bajo la que se aglutina el conjunto de nuevas disposiciones que determinarán, a partir de dicho momento, la metodología de cálculo del precio medio de venta de la energía eléctrica y del sistema de compensaciones, es decir, de ingresos entre empresas. Este marco normativo parte de dos disposiciones previas⁶¹⁷ que vinieron a fijar *ex novo* la estructura tarifaria binómica (es decir, cuota fija o término de potencia y cuota o término variable proporcional al consumo de energía) y los complementos tarifarios correspondientes (interrumpibilidad, estacionalidad, energía reactiva, etc.).

Con el denominado “Marco Legal Estable” se pretendía configurar un procedimiento estable para la retribución de las empresas generadoras que asegurase su suficiencia económica en condiciones virtuales de equilibrio concesional, dado que el sistema se apoyaba en una tarifa única, que contemplaba a su vez el diferimiento a largo plazo de una buena parte de sus ingresos garantizando como compensación, el derecho a percibir una remuneración equivalente a los costes incurridos en la prestación del servicio. Para el cálculo de estos costes se tomaron como base los valores contables de los activos.

En diciembre de 1993 se firmó el Protocolo de intenciones de las compañías eléctricas integradas en UNESA sobre intercambio de activos complementarios a las medidas de modernización del Marco Legal Estable, en el que se señala “que la actual ordenación del Sistema Eléctrico Español descansa sobre dos pilares básicos: la Ley 29/1984 de Explotación Unificada y el marco de retribución definido por el Real Decreto 1538/87 y sus normas de desarrollo (Marco Legal Estable.)

⁶¹⁷ Real Decreto 2660/1983, de 13 de octubre, y Orden Ministerial de 14 de octubre de desarrollo del mismo.

En este marco y como contribución de las compañías eléctricas a su fortalecimiento y equilibrio económico-financiero, así como para afrontar en condiciones adecuadas la nueva regulación del sector –que vendrá contenida en la Ley de ordenación del Sistema Eléctrico– y el próximo ciclo inversor, las empresas que suscriben el Protocolo –que contribuyen en un 98% a la generación del Sistema y distribuyen el 99% de la energía demandada por los abonados finales–, acuerdan llevar a cabo diferentes operaciones de intercambios de activos”⁶¹⁸.

⁶¹⁸ – Por parte de ENDESA, S.A. e IBERDROLA, S.A. se procederá a:

- Por parte de IBERDROLA, S.A. a la segregación de los activos de distribución y de producción hidroeléctrica y térmica de fuel-gas de HIDROELÉCTRICA DE CATALUÑA, S.A. mediante la creación de una sociedad filial encargada de gestionar esta rama de actividad, manteniéndose en HIDROELÉCTRICA DE CATALUÑA, S.A. su actual participación del 15% en la Central Nuclear de ASCÓ II, así como otro inmovilizado financiero.
- Por parte de ENDESA, S.A. a la adquisición de la filial mencionada anteriormente, en el plazo de tres años.
- Por parte de ENDESA, S.A. a través de su filial ERZ, S.A. a la adquisición de los aprovechamientos y concesiones hidroeléctricos de IBERDROLA, S.A. en el Pirineo Aragonés y a la totalidad de las instalaciones de transporte, transformación y distribución que componen los mercados de IBERDROLA, S.A. en Aragón.
- La compra de la participación de IBERDROLA, S.A. en FECSA, S.A.

– Por parte de ENDESA, S.A., IBERDROLA, S.A. y UNIÓN FENOSA, S.A. se procederá a:

- La adquisición por parte de ENDESA, S.A. a UNIÓN FENOSA, S.A. del 2,5% de la Central Nuclear de Trillo I, u otros activos equivalentes si ambas empresas así lo acuerdan.
- La adquisición por parte de IBERDROLA, S.A. a UNIÓN FENOSA, S.A. del 2,5% de la Central Nuclear de Trillo I.

– Por parte de HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. y UNIÓN FENOSA, S.A. se procederá a:

- La compra por parte de HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. del 7% de la Central Nuclear de Trillo I.
- La creación de una sociedad para la explotación del mercado de León de 750 GWh y de las centrales hidroeléctricas de la cuenca del Orbigo, participada al 50% por cada una de las dos sociedades.
- UNIÓN FENOSA, S.A. pondrá a disposición de HIDROELÉCTRICA DEL CANTÁBRICO, S.A. las acciones que posee de esa sociedad, que deberá disponer de ellas antes del 31 de diciembre de 1993.

– Por parte de ENDESA, S.A., COMPAÑÍA SEVILLANA DE ELECTRICIDAD, S.A. e IBERDROLA, S.A. se procederá a la adquisición a través de ENECO, S.A. del 25% de GUADISA perteneciente a COMPAÑÍA SEVILLANA DE ELECTRICIDAD, S.A. y del 25% de GUADISA perteneciente a IBERDROLA, S.A.

El Tribunal de Defensa de la Competencia hace, en aquel momento, una valoración general sobre la situación de la competencia en España y propone “medidas generales” para aumentarla y, entre ellas, la “separación de los holdings públicos de las empresas que gocen de alguna restricción de la competencia”, incorpora un bloque amplio de propuestas sectoriales.⁶¹⁹

– Por parte de ENDESA, S.A. y de COMPAÑÍA SEVILLANA DE ELECTRICIDAD, S.A., con objeto de desarrollar las directrices contenidas en el Acuerdo Estratégico suscrito por ambas compañías en 1991, se procederá a:

- La adquisición a través de ENECO de la Central Térmica de Puertollano.
- El estudio por ambas empresas de la integración en ENECO de otros activos de generación térmica del sur de ambas empresas.

– Por parte de ENDESA, S.A. y de FECSA, S.A., ambas empresas acometerán, en desarrollo de las directrices de su Acuerdo Estratégico, operaciones que propicien la racionalización u optimización de sus actividades.

⁶¹⁹ 1. Establecimiento de condiciones generales y no discriminatorias para la concesión de autorizaciones de actividad e instalación mediante procedimientos competitivos de tal forma que puedan incorporarse nuevos operadores. *Exige modificación legislativa.*

2. Creación de un “sistema independiente” de generación de energía eléctrica en el cual determinadas centrales y determinados consumidores puedan establecer contratos de suministro. Especificación de los criterios que han de cumplir las centrales y los consumidores para participar en este sistema. Especificación de los conceptos e importes que los consumidores deben pagar como aportación al servicio público y de las condiciones en que pueden incorporarse al “sistema integrado” para recibir suministro. *Exige modificación legislativa.*

3. Separación de la actividad de comercialización de la energía eléctrica. Establecimiento de los criterios de remuneración de tal actividad y de la estructura de precios al por mayor que deberán pagar las comercializadoras, así como de la estructura de la tarifa al por menor aprobada por el Gobierno como máxima. *Exige modificación legislativa.*

4. Autorización de la posibilidad de que determinados consumidores que cumplan ciertos criterios objetivos puedan adquirir energía eléctrica del “sistema integrado” sin mediación de comercializadoras. *Exige modificación legislativa.*

5. Sustitución de la subvención implícita al carbón nacional por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente. *Exige modificación del Marco Legal Estable y de la estructura de la tarifa.*

6. Aprobación de un sistema de valoración de los costes estándar reconocidos a las distintas actividades necesarias para la producción y suministro, sobre la base de criterios objetivos con carácter general. *Exige modificación del Marco Legal Estable.*

7. Desaparición de la tarifa G4 y, en su caso, sustitución por una cantidad explícita aplicable a la tarifa, discutida anualmente. *Exige modificación de la estructura de la tarifa.*

Informe titulado “Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”.

La Ley de 1994 intenta transponer, con sentido anticipador pero sin excesiva concreción, los principios y contenidos emanados del Proyecto de Directiva sobre mercado interior europeo, aún en tramitación en aquel momento.⁶²⁰ Este espíritu se traslada a la Exposición de Motivos que informa la LOSEN al subrayar el legislador su propósito de asumir los principios de competencia, competitividad y gradualidad del mercado interior, si bien reconduciendo este esfuerzo al ámbito del denominado sistema independiente.⁶²¹

La LOSEN trataba pues de responder anticipadamente a las exigencias de creación de un mercado eléctrico europeo y ello se manifestaba tanto en el tenor de su Exposición de Motivos como en alguno de los elementos principales de su construcción normativa, como el reconocimiento de la libertad de construcción en generación; la creación de un sistema independiente, es decir, autónomo del sistema anterior y abierto a la libre concurrencia; la sanción del acceso regulado de terceros a las redes de transporte y distribución; la supresión de los derechos exclusivos en la actividad de distribución; la separación de actividades; o la apertura hacia la comercialización⁶²². Pero junto a estos factores innovadores y positivos

⁶²⁰ Al resumir el alcance y finalidad de la Ley también se subraya en la Exposición de Motivos la conexión de su elaboración con los objetivos del mercado interior energético:

“En definitiva, la presente Ley se configura como una norma compiladora, ordenadora y sistematizadora de la legislación y de la normativa vigente, que modifica, reforma e innova de acuerdo a criterios de razonable y necesaria convergencia con las iniciativas comunitarias y con el paralelo desarrollo de otras reformas legales en sectores eléctricos de diferentes países comunitarios, todo ello con la vocación de contribuir desde la legislación española a la construcción del mercado interior de la energía eléctrica”.

⁶²¹ *Afirmándose en tal sentido que: “la Ley introduce elementos de concurrencia y competitividad en la implantación de nuevas instalaciones eléctricas y crea el sistema independiente, proporcionando un esquema que, mediante posteriores desarrollos reglamentarios, permitirá una evolución gradual del Sistema Eléctrico Nacional en consonancia con las pautas de desarrollo de los sistemas eléctricos de los países de nuestro entorno y del mercado interior de la energía”.* Exposición de Motivos de la Ley del Sistema Eléctrico Nacional, 1994

⁶²² Las compañías comercializadoras, como empresas independientes situadas entre los distribuidores y los clientes finales, aparecen pues por vez primera en el Proyecto de Ley que hubo de retirarse con motivo de las elecciones del 6 de junio de 1993. En el contenido de dicho Proyecto, se establecían como elementos característicos de la actividad de comercialización los siguientes:

▫ Se consideraba como una de las actividades constitutivas del suministro de electricidad, definiéndose como la venta de energía eléctrica a los usuarios, y demás actividades relacionadas con el uso final de la misma (medición de consumos, facturación, cobro). Estaba sometida a autorización administrativa previa, independiente de la requerida para la actividad de distribución.

desde una perspectiva liberalizadora otros, elevados también a rango legal, la harían difícilmente practicable por su influencia mecánica sobre el conjunto del sistema: explotación unificada, planificación conjunta y vinculante de la demanda y tarifa uniforme y única nacional. Así pues, mientras de una parte se reconocía formalmente el derecho de establecimiento y acceso libre en la actividad de producción otorgándose las nuevas unidades de generación por concurso público, por otra se sometía la misma previamente a los dictados de una planificación conjunta y vinculante.

La explotación unificada comprensiva de la gestión de las infraestructuras de transporte y las ofertas de las nuevas unidades de producción en importación / exportación, constituía como en la Ley del ochenta y cuatro un servicio público de titularidad estatal y su gestión seguía encomendada por extensión del régimen jurídico precedente y en los mismos términos, a Red Eléctrica de España.

Para las exportaciones de electricidad en el sistema integrado, se establecía un mecanismo que garantizaba un derecho exclusivo en favor de la compañía encargada de la gestión de la explotación unificada, es decir Red Eléctrica, agravando así el régimen precedente al pasar de un monopolio *de facto* sobre esta materia a otro *de iure*.

El régimen económico y tarifario se incardinaba en una congelación normativa del sistema anterior construido sobre la base del Marco Legal y Estable del Decreto de 1987 y sus normas de desarrollo. La única apertura real del sistema económico venía determinada, a

-
- Las comercializadoras podían o no ser distribuidoras, y ambas actividades podían llevarse a cabo por una misma sociedad. Ellas adquirirán y procederán al pago de la energía en los términos establecidos en la Ley, para su venta a los usuarios finales. Para realizar su actividad, las comercializadoras tendrán acceso a las redes de distribución para el tránsito de su energía.
 - Al tratarse de una actividad realizada dentro del sistema integrado se calificaba de servicio público, y podría ser prestada por los particulares en régimen de libre iniciativa en un marco reglamentario que salvaguardase los intereses generales.
 - Introducía una mayor competitividad, al facultar al usuario para elegir, de entre los diversos comercializadores, aquel que considere más conveniente en cada zona eléctrica. De esta forma se eliminaba en apariencia el monopolio territorial del mercado final de la electricidad.
 - El conjunto de los comercializadores autorizados, formaba la corporación de derecho público que procedía a la liquidación de la energía y determinaba el importe correspondiente a cada comercializador por sus adquisiciones.

nuestro juicio, por el mejor tratamiento que reciben los grandes consumidores, y en la dudosa virtualidad que se ofrecía al desarrollo del sistema independiente.

La actividad de distribución si bien expresamente se declaraba no reconocer la existencia de derechos exclusivos, constituía de facto un monopolio natural de red que impide el desarrollo de toda competencia del lado de una comercialización que sometida como actividad “a condición” nunca llegó a ser materialmente establecida.

En cuanto al sistema independiente, si bien se abre a las posibilidades de importación y exportación aunque sometido a decisión final de Red Eléctrica que pudiera oponerse a dicho tránsito o acceso, y la fijación de las condiciones económicas del suministro podían ser establecidas mediante acuerdo libremente pactado entre las partes, la autorización para la construcción de nuevas centrales se concretaría bien mediante la transferencia de una central preexistente del sistema integrado al independiente y a través de la previa autorización discrecional del Gobierno. Además, las empresas que operaban en el sistema integrado no podían hacerlo en el independiente “...la Administración puede excluir del sistema integrado, la electricidad procedente (...) teniendo en cuenta los criterios de planificación energética y la incidencia en el sistema”. En consecuencia, por su específica dependencia operativa y normativa del sistema integrado el independiente quedaba afectado de manera indirecta, a unos claros mecanismos de control e intervención administrativa, siendo nominalmente independiente y liberalizador pero realmente subordinado económica y regulatoriamente al modelo general⁶²³.

Esta voluntad pro liberalizadora queda en gran medida neutralizada por el reconocimiento de una planificación central vinculante que se extiende a todas las

⁶²³ En opinión de Muñoz Machado, el único segmento del sistema que puede obtener “independencia” son “instalaciones determinadas” de producción. (...) La Ley no hace ninguna declaración sobre si la preponderancia evidente del sistema integrado debería ceder en favor de la implantación y crecimiento del sistema independiente ni acerca de cómo debe producirse esta sustitución. (S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado. IV El sistema eléctrico*, pág. 79. Ed. Civitas. Madrid. 1998).

A juicio de Santiago Fernández Plasencia “la LOSEN regulaba el sustrato y los flujos económicos de la generación eléctrica, pero prescindía por completo del entramado jurídico que lo soportaba. El sistema integrado de la Ley constituía una gran nebulosa, es un concepto funcional o económico, pero no es un ente con personalidad jurídica y, en consecuencia, no puede ser sujeto de derechos y obligaciones”. (Santiago Fernández Plasencia, *La apertura a la competencia en generación*, en “Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico”. Ed. Civitas. 1998. Pág. 110.

actividades del sector y en particular a las decisiones de definición de emplazamientos y otorgamiento de nuevas capacidades de producción, y a la fijación de una política y régimen jurídico tarifario y de criterios de remuneración de la electricidad producida que congelan el cuadro normativo existente desde la aprobación del Marco Legal y Estable. Asimismo, el constante reenvío a preceptos aplicables al sistema integrado para la aplicación y desarrollo del sistema independiente, restan a éste toda capacidad de evolución consistente y la necesaria seguridad jurídica.

Desde el punto de vista de los avances pro competencia de la Ley deben destacarse, a mi juicio, la configuración del Ente Regulador y la separación de actividades de producción y distribución.

9. EL PROTOCOLO ELÉCTRICO.

Como señala la Exposición de Motivos de la Ley *“el presente texto legal (...) supone la plasmación normativa de los principios del Protocolo suscrito entre el Ministerio de Industria y Energía y las principales empresas eléctricas”*, para subrayar a continuación las notas de gradualidad y transición de un modelo intervenido a otro competitivo y liberalizado *“El citado Protocolo, carente de la eficacia normativa de toda norma general, supuso la concreción de un diseño complejo y global de transición de un sistema intervenido y burocratizado a un sistema más libre de funcionamiento del sector”*⁶²⁴.

⁶²⁴ Eduardo García de Enterría ha considerado que la naturaleza jurídica del Protocolo responde a la figura general de los “convenios de colaboración que (...) celebre la administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado”, a los que alude el artículo 3.1.d) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y que por su objeto no estén comprendidos en los contratos regulados por dicha Ley o en normas administrativas especiales. Se trata de una modalidad de convenio muy difundida en la práctica, que la Administración suscribe a menudo con organizaciones representativas de intereses sectoriales, y que tienen por objeto disciplinar o modular el ejercicio de alguna potestad administrativa que la Administración podría ejercitar unilateralmente (sobre la tipología y naturaleza de estos convenios, *vid.* ampliamente A. Huergo Lora, *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 27 y ss.). Y no es otro el contenido del “Protocolo eléctrico”: por mucho que éste afecte en cierta medida a competencias legislativas, en la medida en que la aprobación de cualquier Ley relativa al sector eléctrico es competencia —obviamente— de las Cortes Generales y que esta competencia es soberana y no puede venir constitucionalmente predeterminada ni prejuzgada por ningún otro órgano, es indudable que a través de dicho Protocolo el Gobierno se compromete a ejercitar su competencia de iniciativa legislativa en un determinado sentido y a remitir a las Cortes un texto normativo que se ajuste en su contenido a los acuerdos previamente alcanzados. Así se destaca expresamente en el expositivo del referido Protocolo, en el que se alude de forma reiterada al “acuerdo” y al “compromiso” alcanzado por el Ministerio de Industria y Energía y

por las empresas eléctricas, y del acuerdo cuarto, en el que se prevé que *“el Ministerio de Industria y Energía se compromete a proponer al Gobierno las modificaciones necesarias de la normativa existente sobre el sector eléctrico que se deriven del contenido del presente Protocolo”*. Se añade a ello, lógicamente, que la actuación del Ministerio de Industria y Energía ha de entenderse ratificada por el Gobierno, en quien reside propiamente la competencia de iniciativa legislativa (art. 87.1 de la Constitución), toda vez que el contenido del Protocolo fue asumido por el mismo e incorporado al Proyecto de Ley remitido en su día a las Cortes.

Desde esta perspectiva –añade García de Enterría–, y aunque la posibilidad de otorgar una eficacia contractual plena a este tipo de convenios sea discutible, por la naturaleza indisponible de las potestades administrativas, no ofrece dudas –y así es plenamente admitido por la jurisprudencia y por la doctrina– que el incumplimiento de lo pactado genera en todo caso una responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que el acto prometido tiene una apariencia de legalidad y no existen causas sobrevenidas objetivas que impidan el cumplimiento”.

A juicio de Muñoz Machado este Acuerdo “cuadra, en principio, bien con las prácticas habituales en otros sectores regulados y sometidos a la libre competencia. En Inglaterra es habitual la utilización de códigos donde se establece la disciplina de las empresas que intervienen en el sector eléctrico (...). El Protocolo, como los aludidos códigos, son una manifestación más del fenómeno, de intervención de los propios sujetos económicos que intervienen en los sectores regulados en el establecimiento de las normas por las que han de regirse, en sustitución de la práctica administrativa en los servicios públicos tradicionales, que se organizaba siempre sobre la base de una reglamentación exhaustiva dictada por las Administraciones Públicas de modo unilateral”.

La Comisión Nacional de Energía se ha pronunciado sobre la naturaleza y efectos del Protocolo en los términos siguientes:

- El Protocolo Eléctrico se configura formalmente como un contrato cualificado, subjetivamente por la presencia de la Administración General del Estado y objetivamente, por presentar un contenido de diversa naturaleza de alcance político y jurídico, en la línea de los llamados *“Conciertos de administración”*.
- Actualmente, y tal como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, la vigencia material del Protocolo Eléctrico encuentra difícil justificación desde la perspectiva de las Administraciones Públicas, ya que, por un lado, la Ley 40/1994, *“...que constituye el punto de partida en el que se basan sus acuerdos...”* ha sido derogada por la Ley 54/1997 y, por otro, los principios del Protocolo han obtenido *“...plasmación positiva...”* en la actual Ley del Sector Eléctrico.
- Invocando la doctrina de la desaparición del objeto del negocio, puede afirmarse que el Protocolo Eléctrico, en la medida en que sus principios aparecen ya recogidos por la Ley, carecería de vigencia en la práctica, salvo como instrumento de interpretación de la misma. No obstante lo anterior, desde una perspectiva estrictamente formal, podría defenderse que el compromiso mutuo mantendría su eficacia entre las partes firmantes, mientras no se inste la resolución.
- De acuerdo con todo lo anterior, el incumplimiento del compromiso recíproco de no adquirir acciones de las restantes empresas firmantes, no constituye un obstáculo jurídico a la eventual autorización de la operación de concentración por parte de la Administración General del Estado.

Por lo tanto, y como resumen, cabe decir que una vez aprobada la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, el marco normativo de referencia respecto a la regulación del sector eléctrico viene establecido solamente por dicha Ley así como su desarrollo reglamentario, constituyendo el Protocolo Eléctrico sólo un documento cuya virtualidad se agota en la aportación de algunos criterios para interpretar la citada Ley y el proceso de liberalización del sector, pero siempre dentro del contenido normativo, y no más allá, que la misma ofrece.

El Protocolo se justifica, a juicio del Gobierno, por “la complejidad del sistema eléctrico” y su objetivo es *“establecer las bases operativas que han de regir en el funcionamiento del Sistema Eléctrico Español, definir los plazos, medidas y salvaguardias que deberán ser puestos en práctica durante el período transitorio hasta alcanzar los objetivos de liberalización (...), sentar las bases de retribución adecuada para cada una de las actividades que se realizan en régimen de monopolio natural”*.

El Protocolo también hace constar que “el compromiso” con la competitividad de la economía nacional del sector se materializa en una reducción en términos nominales de la tarifa eléctrica para 1997, como parte *“del esfuerzo colectivo de los diferentes agentes económicos para la consecución de los objetivos fijados en relación con la Unión Monetaria Europea”*.

Las principales propuestas del Protocolo cabe resumirlas, sucintamente, en los siguientes puntos:⁶²⁵

- a) Liberalización de energías primarias, salvedad hecha de las singularidades transitorias que se contemplan para la minería del carbón.
- b) Libertad de establecimiento de centrales de generación.
- c) Propuesta de un nuevo marco retributivo del sector eléctrico (así, se establecen las condiciones de funcionamiento del mercado (spot) mayorista de generación).
- d) Propuesta de creación de dos nuevas entidades, a fin de separar, también institucionalmente, la responsabilidad sobre el despacho técnico y las decisiones económicas en un mercado libre.
- e) Establecimiento de un calendario gradual de liberalización del suministro eléctrico.

⁶²⁵ Ver: “Cuadernos Jurídicos de UNESA” núms. 27 y 28, que describen sumariamente el contenido del Protocolo y su relación con la Directiva 92/96.

- f) Fijación de la cuantía y forma de asignación de los denominados Costes de Transición a la Competencia, que deben compensarse a las empresas como derechos reconocidos por la regulación anterior.

10. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: CONSIDERACIONES INICIALES.

Un tema de sustancial importancia en orden a la definición del régimen jurídico en que se apoya el nuevo modelo de regulación y del sentido mismo de ésta, es la definición y reparto de competencias entre la Administración Central y las Comunidades Autónomas. Es decir, la definición del sistema general de competencias –delimitando, cuando sea posible o preciso entre competencias, funciones y materias– en la ordenación del sector eléctrico.

Dentro del marco general de técnicas de distribución de competencias, la Constitución española configura el Estado de manera abiertamente descentralizada en cuanto a la determinación y alcance de las atribuciones conferidas a los entes territoriales integrados en el Estado pero que gozan de un alto nivel de autonomía y autogobierno, siguiendo un modelo intermedio o en cualquier caso alejado tanto de los modelos centralistas como de los esquemas federales.

No obstante, es indiscutible que el elemento de interpretación central del sistema de competencias se expresa por el análisis de quién retiene las principales y qué persona jurídica pública sólo las residuales. Naturalmente las fronteras de esta delimitación no son siempre todo lo nítidas que sería deseable. Y la plena claridad competencial sólo tendría lugar cuando una materia en bloque y todas y cada una de sus funciones y apartados se situaran en favor de un ente sin intervención o posibilidad de actuación del otro. En caso contrario nos encontraremos con competencias más o menos concurrentes, susceptibles de puntuales necesidades de interpretación.

No entraremos a analizar el concepto de “bases” abundantemente estudiado por nuestra doctrina constitucional, y su extrapolación al régimen energético⁶²⁶.

Nuestra Constitución Española ha dispuesto, como ha señalado en reiteradas ocasiones nuestra doctrina jurisprudencial, un sistema de distribución de competencias entre el Estado y sus Entes territoriales inferiores y, en particular, las Comunidades Autónomas, en el que se reúnen tanto competencias exclusivas como concurrentes. Los preceptos que establecen con carácter general las competencias, materias y funciones que son reservadas a uno u otro ámbito territorial son los artículos 148 y 149 de la Constitución. El 149 define aquellas competencias en las que el Estado tiene competencia exclusiva.⁶²⁷ En este ámbito, el artículo 149.1.25 establece como competencia exclusiva del Estado: “*Las bases del régimen minero y energético*”.⁶²⁸

De conformidad con la interpretación sistemática de este precepto, nos encontramos ante un cambio sustancial en el marco de nuestro ordenamiento jurídico a la hora de definir la prioridad de aplicación de las normas, ya que cabe, sobre materias de competencia exclusiva de un órgano inferior territorialmente como es una Comunidad Autónoma respecto del Estado, el que éstas prevalezcan sobre el derecho estatal, si bien, recordando en todo caso el artículo 147.1 del propio texto constitucional cuando señala que: “*Dentro de*

⁶²⁶ Ver, en especial, la Sentencia 24/85, de 21 de febrero, en la que se determinan los parámetros que a juicio del Alto Tribunal deben tenerse en cuenta para determinar si una disposición normativa o ejecutiva de naturaleza energética tiene el carácter de básica.

Ver también entre otras Sentencias sobre esta materia con carácter general: STCs de 28 de julio de 1981, 28 de enero de 1982, 22 de marzo de 1988 y 19 de abril de 1988.

⁶²⁷ El mismo artículo 149.3 define una cláusula residual de competencias en favor del Estado, en los términos siguientes: “*Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas*”. Y añadiendo a continuación: “*El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas*”.

⁶²⁸ Señala González Sanfiel, el Estado en materia energética posee los siguientes títulos exclusivos: a) las bases del régimen energético (arts. 149.1.25); b) la autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o su transporte exceda del ámbito comunitario (art. 149.1.22); c) obras públicas de interés general o cuya realización afecte a varias Comunidades (art. 149.1.23); d) legislación básica en materia de concesiones administrativas (art. 149.1.18); e) bases y coordinación de la planificación general de la economía (art. 149.1.13).

los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma”.

El artículo 148 regula el marco competencial en el que se inscribe el papel de las Comunidades Autónomas, previendo en su apartado 10º, con relación al sector energético, que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias: *“sobre los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales”.*

Junto a estos dos preceptos principales que definen la arquitectura institucional básica de relación entre el Estado y las Comunidades Autónomas en orden a su distribución competencial, y, por tanto, en la capacidad del ejercicio de los distintos poderes y órganos de las materias energéticas, hay que contemplar, en nuestra opinión, otros títulos competenciales establecidos en nuestra norma básica, que reservan al Estado un papel fundamental a la hora de definir y proyectar el modelo económico y social. En tal sentido, debe tenerse en consideración, entre otros preceptos, el artículo 38 del texto constitucional, en el que se reconoce expresamente el principio de economía de mercado y de libertad de empresa, señalando a continuación que: *“los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación”.* Así como el artículo 149.1.13ª que atribuye como competencia exclusiva del Estado *“las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.*

10.1. Bases del régimen energético y minero.

Como señalaban Trillo–Figueroa y López–Jurado, el primero de los condicionantes a la competencia que podían asumir y han asumido las Comunidades Autónomas de autonomía inicial plena, son las bases del régimen energético, bases cuya designación, como antes señalábamos, es competencia exclusiva del Estado⁶²⁹. Y, efectivamente en un principio, tan sólo las Comunidades Autónomas de primer grado pudieron asumir competencias efectivas en materia de régimen energético, como fue el caso de los Estatutos catalán (art. 10.1),

⁶²⁹ Ver Jesús Trillo–Figueroa Martínez–Conde y Francisco López Jurado.

gallego (art. 28.3), vasco [art. 11.2.c)] y andaluz (art. 15.1.5)⁶³⁰. A continuación, y en virtud de sus respectivas leyes orgánicas de transferencias, se sumaron a esta relación los Estatutos canario y valenciano. El mismo efecto tuvo lugar con la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, artículo 57.f)⁶³¹.

Tras la aprobación de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre de 1992, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, se armoniza el régimen energético, desde el ámbito constitucional, a las Comunidades de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla-León⁶³².

Como ha estimado el Tribunal Constitucional⁶³³, lo que se pretende con el establecimiento de las bases de una materia en favor del Estado, es garantizar un común denominador normativo, –“una regulación normativa uniforme y vigencia común en toda la Nación”–, de asumir de manera unitaria y en condiciones de igualdad los intereses generales, a partir de los cuales pueda, cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto de Autonomía⁶³⁴.

⁶³⁰ Ver Vicente Alvarez García y Rafael Duarte Martínez: *Administración Pública y Electricidad*. Cuadernos Civitas 1997. Madrid. Pág. 25.

⁶³¹ Referido a la anterior normativa pero plenamente aplicable a la legislación sectorial vigente en el ámbito gasista, Iñigo del Guayo ha señalado que en este campo se aplica la habitual distinción entre Comunidades de autonomía plena y gradual o de primer y de segundo grado. Las primeras pueden asumir competencias sobre la energía en sus Estatutos, respetando las del Estado; las segundas (de autonomía gradual o de segundo grado) no pueden realizar tal asunción salvo que lo hagan por algún otro título extraestatutario (art. 150 CE) o modifiquen sus Estatutos (a partir de los cinco años desde su aprobación) para ampliar así sus competencias en el marco del art. 149 CE (art. 148,2 CE). V. Iñigo del Guayo: *El servicio público del gas*. Marcial Pons. 1992.

⁶³² Ver artículo 3 de la Ley Orgánica 9/1992: “...en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, el desarrollo legislativo y la ejecución, en las siguientes materias: ... d) Régimen minero y energético”.

⁶³³ Ver Sentencia TC 1/1982, de 28 de enero, y Sentencia TC 141/1993, de 22 de abril.

⁶³⁴ Ver Sentencia del T.C. núm. 24/1985, de 21 de febrero:

“la noción de «bases» debe ser entendida como noción material, y en consecuencia los criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente; de esta noción material de «bases» se infiere que **lo esencial de su concepto es su contenido**; por lo cual, (...) las Cortes deberán establecer qué es lo que haya de entenderse por básico. (...) por último, ocurre que en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la

Los diferentes Estatutos de las Comunidades Autónomas han ido recogiendo invariablemente, y en términos de referencia literal muy parecida, como antes señalábamos, esta misma previsión constitucional, y en coherencia tanto con las previsiones constitucionales como estatutarias, las dos leyes sectoriales fundamentales, la del Sector de la Energía Eléctrica 54/1997, de 27 de noviembre, y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, consagran en sus correspondientes Disposiciones Finales el carácter básico de ambas normas. La Disposición Final de la Ley del Sector de Hidrocarburos establece, además, que las disposiciones relativas al comercio exterior de crudo del petróleo y productos petrolíferos y en expropiación forzosa y servidumbres se dictan en ejercicio de las competencias atribuidas al Estado en el artículo 149.1.8 relativo a legislación civil, 10 referente al comercio exterior, y 18 sobre régimen legal de la expropiación forzosa.

Asimismo, se consideran de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.13, relativo a la regulación de la planificación económica general, el artículo 18 sobre concesiones administrativas, y el 25 correspondiente a la regulación de las bases del régimen energético y minero, los preceptos del Título II relativo a la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos.

Especialmente relevante es, a nuestro juicio, el deslinde competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de planificación. La Exposición de Motivos de la Ley del Sector Eléctrico, tras manifestar que *“su fin básico es establecer la regulación del*

regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 223/2000, de 21 de septiembre, establece que:

“(…) materialmente lo que ha de considerarse como bases o legislación básica es el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias. Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto”.

Ver también: *La regulación del sector eléctrico*. Jesús Trillo-Figueroa y Francisco Borja López-Jurado. CIVITAS 1996, Madrid. Págs. 257 y ss.

sector con el triple y tradicional objetivo de garantizar el suministro y que se realice al menor coste posible”, subraya al abordar el problema de la planificación en este subsector que *“la planificación estatal queda restringida a las instalaciones de transporte, buscando así su imbricación en la planificación urbanística y en la ordenación del territorio. Se abandona la idea de una planificación determinante de las decisiones de inversión de las empresas eléctricas, que es sustituida por una planificación indicativa de los parámetros bajo los que cabe esperar que se desenvuelva el sector eléctrico en un futuro próximo, lo que puede facilitar decisiones de inversión de los diferentes agentes económicos”*.

La regulación de la planificación en materia de hidrocarburos está menos definida en su Ley sectorial. La Exposición de Motivos de esta norma tan sólo apunta la competencia planificadora al abordar los criterios de protección medioambiental que, de manera transversal *“estarán presentes en las actividades objeto de la misma [la Ley del sector, se entiende]”*. Y al aludir, esta vez de manera más expresa a la distribución de competencias territoriales afirmando que: *“Esta Ley respeta las competencias de las Comunidades Autónomas en todo lo referente a la distribución de hidrocarburos y las hace partícipes en los aspectos más generales de planificación y ordenación del sector”*.

En la regulación normativa de ambas Leyes se distinguen aquellos ámbitos en que la planificación es indicativa, de los que tienen carácter obligatorio y vinculante. En tal sentido, el artículo 4.1 de la Ley eléctrica dispone que: *“La planificación eléctrica, que tendrá carácter indicativo, salvo en lo que se refiere a instalaciones de transporte, será realizada por el Estado con la participación de las Comunidades Autónomas”*⁶³⁵.

⁶³⁵ **Artículo 4:** Planificación: La planificación tendrá carácter indicativo salvo en lo que se refiera a instalaciones de transporte, será realizada por el Estado con la participación de las CCAA y se elevará al Congreso de los Diputados.

La Planificación deberá referirse a los siguientes aspectos:

- a) *Previsión de la demanda de energía eléctrica a lo largo del período contemplado.*
- b) *Estimación de la potencia mínima que debe ser instalada para cubrir la demanda prevista bajo criterios de seguridad del suministro, diversificación energética, mejora de eficiencia y protección del medio ambiente.*
- c) *Previsiones relativas a las instalaciones de transporte y distribución de acuerdo con la previsión de la demanda de energía eléctrica.*

Por su parte, el artículo 4.1 de la Ley del Sector de Hidrocarburos dispone que: “*La planificación en materia de hidrocarburos tendrá carácter indicativo, salvo en lo que se refiere a los gasoductos de la red básica, a la determinación de la capacidad de regasificación total de gas natural licuado necesaria para abastecer el sistema gasista, a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de hidrocarburos y a la determinación de criterios generales para el establecimiento de instalaciones de suministro de productos petrolíferos al por menor, teniendo en estos casos carácter obligatorio y de mínimo exigible para la garantía de suministro de hidrocarburos*”.⁶³⁶

-
- d) *El establecimiento de las líneas de actuación en materia de calidad del servicio, tendentes a la consecución de los objetivos de calidad, tanto de consumo final, como en las áreas, que por sus características demográficas y tipológicas del consumo, puedan considerarse idóneas para la determinación de objetivos diferenciados.*
 - e) *Las actuaciones sobre la demanda que fomenten la mejora del servicio prestado a los usuarios, así como la eficiencia y ahorro energéticos.*
 - f) *La evolución de las condiciones del mercado para la consecución de la garantía de suministro.*
 - g) *Los criterios de protección medioambiental que deben condicionar las actividades de suministro de energía eléctrica.*

En la regulación de la prestación del suministro de energía eléctrica se tendrán en cuenta los planes y recomendaciones aprobados en el seno de los Organismos internacionales, en virtud de convenios, y tratados en los que el Reino de España sea parte.”

⁶³⁶ El precepto, modificado por la Ley de Medidas para el año 2002, termina diciendo que:

"3. Dicha planificación deberá referirse al menos, a los siguientes aspectos:

- a) *Previsión de demanda de productos derivados del petróleo y de gas natural a lo largo del período contemplado.*
- b) *Estimación de los abastecimientos de productos derivados del petrolíferos necesarios para cubrir la demanda prevista bajo criterios de calidad, seguridad del suministro, diversificación energética, mejora de la eficiencia y protección del medio ambiente.*
- c) *Previsiones relativas a las instalaciones de Transporte y almacenamiento de productos petrolíferos de acuerdo con la previsión de su demanda, con especial atención a las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas.*
- d) *Previsiones de desarrollo de la red básica de transporte de gas natural y de la capacidad de regasificación total de gas natural licuado necesaria para abastecer el sistema gasista con el fin de atender la demanda con criterios de optimización de la infraestructura gasista en todo el territorio nacional.*

Como señala Alfonso González-Espejo, en ambos casos, vemos como se repite el mismo esquema en el sentido de considerar las estructuras de redes, -consecuencia del monopolio natural- como instalaciones sujetas a planificación vinculante de carácter obligatorio. En paralelo con ese diseño, las actividades de redes siguen siendo actividades reguladas. Por el contrario, en el resto de las actividades -piénsese, en la actividad de generación de energía eléctrica- el legislador, al pretender la liberalización de los sectores, opta por un sistema de planificación indicativa, inscrita en una función de mera supervisión de la actividad o policía administrativa. En el nuevo modelo, la planificación, pues, deja de ser determinante de las decisiones de las empresas para pasar a ser indicativa, de manera que se limite a fijar los parámetros del desenvolvimiento futuro del respectivo sector.

Por otra parte, la capacidad de dictar legislación básica en otros ámbitos competenciales relacionados con la industria queda reservada, con sus Estatutos de Autonomía, a las distintas Comunidades Autónomas.

De lo expuesto se deriva claramente que la competencia que en esta materia puedan ejercer las Comunidades Autónomas debe en todo caso respetar disposiciones del Estado en el ejercicio de sus competencias por razones de seguridad y las relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de hidrocarburos.

-
- e) *Definición de las zonas de gasificación prioritaria, expansión de las redes y etapas de su ejecución, con el fin de asegurar un desarrollo homogéneo del sistema gasista en todo el territorio nacional.*
 - f) *Previsiones relativas a instalaciones de transporte y almacenamiento de combustibles gaseosos, así como de las plantas de recepción y gasificación de gas natural licuado, con el fin de garantizar la estabilidad del sistema gasista y la regularidad y continuidad de los suministros de gases combustibles.*
 - g) *Establecimiento de criterios generales para determinar un número mínimo de instalaciones de suministros de productos petrolíferos al por menor en función de la densidad, distribución y características de la población y, en su caso, densidad de circulación de vehículos.*
 - h) *Los criterios de protección medioambiental que deben informar las actividades objeto de la presente Ley.”*

De todo lo anterior cabe deducir que el Estado tiene atribuida la competencia inequívoca de las bases del régimen energético y minero, si bien es de competencia de la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y reglamentario de las citadas bases, así como la ejecución de la normativa del Estado en la esfera energética, en los términos que han sido analizados.

10.2. Autorización de instalaciones industriales y energéticas.

Apuntábamos anteriormente en qué términos establecía la Constitución en sus artículos 149.1.22 y 148.1.10 las competencias sobre autorización de instalaciones energéticas, reservándose al Estado la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial, así como la legislación, ordenación y concesión de aprovechamientos hidráulicos. Y previéndose que las Comunidades Autónomas puedan asumir competencia exclusiva en lo referente a los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos de interés de cada una de ellas⁶³⁷.

Como señala Eloy Colom, el artículo 149.1.22 relativo a instalaciones eléctricas es preciso relacionarlo con las competencias en materia de industria que han asumido las Comunidades Autónomas. De esta forma, son industrias las instalaciones dedicadas al transporte de la energía, pero también son instalaciones eléctricas susceptibles de reconducirse al artículo 149.1.22. Sobre esta concurrencia de títulos –industria e instalaciones eléctricas– el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 24/1988, de 21 de febrero, ha considerado que prima el específico referido a las instalaciones de producción, transporte y distribución de la energía, frente al genérico de industria⁶³⁸.

⁶³⁷ En el marco de sus Estatutos de Autonomía, han asumido, entre otras, competencia exclusiva en materia de instalaciones eléctricas, la de Cataluña (art. 9.16); el País Vasco (art. 10.11); Navarra (art. 44.6); Andalucía (art. 13.14); Canarias (art. 30.26); Comunidad Valenciana (art. 31.16); Principado de Asturias (art. 10.1.26); Estatuto de Cantabria (art. 22.26); Comunidad de Aragón (art. 35.1.18); Comunidad de La Rioja (art. 8.1.26); Comunidad de Castilla–La Mancha (art. 31.1.26); Castilla–León (art. 26.1.28); Extremadura (art. 7.1.28).

⁶³⁸ Una conclusión similar se deduce de la Ley de Industria, de 16 de julio de 1992. Al definir su ámbito de aplicación en su art. 3, se dice que se rigen por la citada norma en lo no previsto en su legislación específica las actividades de generación, distribución y suministro de la energía. O también puede citarse el apartado 13 del art. 149.1, que atribuye al Estado las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica. Este título es susceptible de interpretarse conjuntamente con el contenido en el número 25, de forma que conlleve la atribución al Estado de la competencia sobre la ordenación y planificación de un sector de

Dicho en otros términos, el parámetro delimitador de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia tanto de instalaciones energéticas, sean éstas eléctricas o relacionadas con el sector de los hidrocarburos en cualesquiera de sus fases de actividad, y los aprovechamientos hidráulicos, es el del carácter extra o intracomunitario de unas y otros. Si el aprovechamiento afecta a más de una Comunidad o el transporte no se limita al ámbito territorial de una Comunidad la competencia es estatal.

Este mismo esquema competencial se proyecta también, como ocurría al analizar el relativo a las bases del régimen energético y minero, en la ordenación de las leyes sectoriales de energía eléctrica e hidrocarburos⁶³⁹, en lo relativo a las competencias estatales y autonómicas.⁶⁴⁰

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en distintas ocasiones sobre los títulos competenciales vinculados a las autorizaciones eléctricas y aprovechamientos hidráulicos, siendo la Sentencia 12/1984, de 2 de febrero, la primera que aborda el tema en el ámbito del transporte de electricidad mediante líneas de alta tensión. A ella siguen, la Sentencia 119/1986, de 20 de octubre, sobre la autorización de la línea de alta tensión Rubí-Amposta a la estación exterior de Vandellós; la Sentencia 67/1992, de 30 de abril, sobre autorización de una subestación en San Sebastián de los Reyes, y la Sentencia 74/1992, de 14 de mayo, sobre autorización para la ampliación de la central hidroeléctrica de “El Pueyo”.⁶⁴¹

relevancia económica como es el sector eléctrico. V. Eloy Colom Piazuelo: *El transporte de energía eléctrica (Régimen jurídico de la nueva regulación de la energía)*, Ed. Cívitas, Madrid, 1997, pág. 88.

⁶³⁹ Así, la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico, establecía en su artículo 3º, bajo la rúbrica de “Competencias administrativas”, que corresponde a la Administración General del Estado respecto a las instalaciones de su competencia:

“a) Autorizar las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma o el transporte y distribución salga del ámbito territorial de una de ellas”.

⁶⁴⁰ Ver artículo 3.3 c) de la citada norma legal.

⁶⁴¹ Los preceptos que aplica la citada primera Sentencia 12/1984, de 2 de febrero, son el artículo 149.1.22 CE y el artículo 9.16 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, el cual prevé: “La Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 16.(...) instalaciones de producción, distribución y transporte de energía, cuando este transporte no salga de su territorio y su aprovechamiento no afecte a otra

La ubicación de la línea de transporte dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma es, según la doctrina del Tribunal Constitucional, una de las condiciones necesarias para que su autorización corresponda a ésta. Necesaria, pero no suficiente, además se debe examinar si el aprovechamiento de tales instalaciones afecta o no a otra Comunidad. Como subraya Eloy Colom, es en esta valoración donde es preciso examinar los datos técnicos concretos de la instalación. Hay que tener en consideración que la integración de la línea en la Red General Peninsular es lo que permite que sea utilizada para el intercambio de energía entre zonas de todo el territorio peninsular. De ello, el Tribunal Constitucional concluye que la autorización para llevar a cabo una línea de alta tensión, integrada en la Red General Peninsular, que discurre exclusivamente por territorio de la Comunidad Autónoma Catalana, corresponde otorgarla a la Administración del Estado. Así, se señala en la citada Sentencia:

“Si el aprovechamiento de la línea desde fuera de Cataluña es no sólo técnicamente posible y previsto, como se infiere de las condiciones que la hacen apta para transportar energía a 380 kV; si está conectada a la Red General Peninsular; si la condición deficitaria de Cataluña la obliga a importantes intercambios; si éstos han sido muy cuantiosos en fechas inmediatas; y, finalmente, si está técnicamente prevista su ampliación y la expresa intervención de la línea que se trata en tales intercambios desde, y sobre todo, hacia Cataluña, es claro que el aprovechamiento de la línea afecta al resto de la España peninsular, que tal aprovechamiento no sea excepcional y que por consiguiente la afectación en este sentido determina que sea necesario declarar la titularidad de la competencia de autorización a favor del Estado”.

El Tribunal Constitucional matiza más adelante su doctrina afirmando que: *"no cabe inferir sin más que la competencia para autorizar todas las líneas de alta tensión, incluidas*

provincia o Comunidad Autónoma, sin perjuicio de lo establecido en el número 25 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución”.

La Sentencia aplica ambos preceptos en el sentido de que *"basta que en relación con cualquier instalación o línea de transporte se dé una de las dos condiciones enunciadas en positivo por el artículo 149.1.22 CE y en negativo por el 9.16 EAC para que la competencia de autorización sea estatal"*, entendiendo, por tanto, el Tribunal que las condiciones allí enunciadas son alternativas.

las de segunda y tercera categoría (con arreglo a la clasificación del Decreto 3151/1968), corresponda también siempre y necesariamente al Estado, porque lo que habrá de comprobar en cada caso es si cada línea se integra o no en la Red General Peninsular, lo cual no siempre sucede con todas las líneas de alta tensión". Sigue así la Ley del Sector Eléctrico el mismo espíritu y tenor, en este punto, que su precedente la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN), que en su artículo 3.3 establece que corresponde a la Administración General del Estado otorgar las autorizaciones de las instalaciones de su competencia en los términos y condiciones establecidas en la misma y disposiciones que la desarrollen. Se consideraban de su competencia, según el artículo 3.2, aquellas cuyo aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma o el transporte de energía salga del ámbito territorial de una de ellas. En el artículo 3.4 se afirma que las Comunidades Autónomas autorizarán en sus respectivos ámbitos las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento no afecte a otras Comunidades Autónomas o el transporte no salga de su ámbito territorial.

Así pues, acogiendo esta doctrina jurisprudencial las correspondientes leyes energéticas sectoriales, han debido ir precisando los términos no sólo de ubicación territorial de las instalaciones, sino las condiciones respectivas de ejercicio del aprovechamiento energético o industrial. En la Sentencia citada hemos visto cómo se establecían determinadas exigencias en dicha ponderación: la condición deficitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente y la necesidad de promover intercambios energéticos; si dicho aprovechamiento es técnicamente posible; si está conectada a la Red General Peninsular⁶⁴².

La Sentencia 67/1992, sobre autorización de ampliación de una subestación en San Sebastián de los Reyes, considera como determinante de la existencia de un interés extracomunitario el que la subestación tenga como objeto la interconexión y que esté incluida en el anexo de la Ley 49/1984, de Explotación Unificada. Aun cuando el Tribunal Constitucional afirma que este último no es criterio de delimitación competencial y que la

⁶⁴² En la Sentencia 119/1986, de 20 de abril, se reiteran criterios anteriores para considerar una línea supracomunitaria y, en especial, se tiene en cuenta el hecho de que sea de doble circuito de forma que se produzcan intercambios, y la irrelevancia de que lo autorizado sea una parte de la línea, si la instalación en su totalidad es supracomunitaria.

distribución de competencias no está a merced de lo que dicho anexo disponga, es claro que sirve de "prueba" de la "afectación" extracomunitaria.

El problema jurídico planteado, señala la citada Sentencia, es una cuestión ya resuelta por las SSTC 12/1984 y 119/1986 que establecen de forma categórica que con arreglo al bloque de la constitucionalidad en la materia es competencia exclusiva del Estado la autorización de instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte salga de su ámbito territorial, de forma que *“basta que en relación a cualquier instalación o línea de transporte se dé una de las dos condiciones enunciadas para que la competencia de autorización sea estatal”*.

En el marco de la Ley de Hidrocarburos, el capítulo de las autorizaciones a instalaciones se manifiesta normativamente en su artículo 3º y en el punto 2.a), donde se definen las competencias tanto de la Administración General del Estado como de las Comunidades Autónomas en orden al otorgamiento de las autorizaciones de exploración y permisos de investigación del Título II, como a las autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en el seno del subsuelo marino, también del citado Título II, como a las instalaciones que integran la red básica de gas natural, así como a aquellas otras instalaciones a que se refiere dicha Ley cuando su aprovechamiento afecte a más de una Comunidad Autónoma, o en el caso de las instalaciones de transporte y distribución cuando salen del ámbito territorial de cada una de ellas.

No cabe olvidar en este contexto, como ha subrayado Joaquín Nebreda, que la vigente Ley 54/1997 establece como uno de los pilares, de los sistemas que diseñan, el principio de autorización previo de las instalaciones eléctricas, ya estén vinculadas a actividades de intensa regulación o lo estén a actividades de amplia desregulación⁶⁴³.

Estas autorizaciones previas, que son de carácter reglado, se refieren fundamentalmente a los aspectos relativos a la seguridad del suministro y elementos técnicos, competencia de la Administración de Industria, y se someterán a los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, en su otorgamiento, siendo independientes

⁶⁴³ Joaquín Nebreda: Distribución eléctrica: Concurrencia de disciplinas jurídicas. Editorial Cívitas. 1999.

de las exigencias de ordenación del territorio, urbanísticas, ambientales, o de cualquier otra naturaleza, que otras competencias administrativas puedan imponer. En este régimen autorizatorio funciona el criterio del silencio administrativo negativo, de modo que, a falta de resolución, se entiende desestimada la solicitud, abriéndose la posibilidad del recurso ordinario para acudir posteriormente a la vía contencioso-administrativa.

Además de los aspectos objetivos que constituyen los requisitos de las autorizaciones administrativas previas, éstas requerirán también que se compruebe la capacidad legal, económico-financiera y técnica para construir y explotar las instalaciones eléctricas de que se trate.

10.3. Principios del orden económico y social y unidad de mercado.

Como señala Pablo Blanco, el criterio territorial no ha de erigirse en el único criterio determinante para la delimitación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En primer lugar porque la competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía responde al principio de unidad económica y abarca las líneas de actuación tendentes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. No sólo la ordenación de sectores económicos, sino también la de recursos de vital importancia para la realización de actividades económicas, puede quedar afectada y condicionada por dicha competencia estatal, siempre que se trate de cuestiones con una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general y no se llegue a un vaciamiento o a una limitación irrazonable de las competencias autonómicas. Y mejor dicho, y siempre que se cumplan en todas sus posibilidades y de acuerdo con los criterios expuestos en los puntos precedentes, las posibilidades de materialización de las competencias autonómicas tanto legislativas como de ejecución o desarrollo.

Desde estas coordenadas es indudable que la competencia estatal ex artículo 149.1.13 CE puede incidir en esta materia, dada la trascendencia directa y significativa de las mismas sobre la actividad económica general. Tampoco hay que olvidar que la Constitución consagra como uno de los principios rectores de la política social y económica el equilibrio

económico interterritorial (arts. 40.1 y 131.1 CE), responsabilizando particularmente al Estado de su consecución (art. 138.1 CE), lo que conecta con la declaración contenida en la Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, de la *“especial importancia que tiene el suministro de hidrocarburos para el desenvolvimiento de la vida económica lo que supone que el Estado debe velar por su seguridad continuidad, así como con la consideración de actividades de interés general que todavía mantienen estas actividades”*⁶⁴⁴. Principio, pues, de respeto al marco o modelo económico-constitucional, principio de unidad de mercado en el conjunto del territorio nacional, principio de economía de mercado y libertad de empresa.

⁶⁴⁴ Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de noviembre de 1996 (197/1996) señala: “De un lado, es cierto que en ocasiones este Tribunal ha señalado como criterio general a tener en cuenta en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales el de la prevalencia de la regla competencial específica sobre el de la más genérica (así, en SSTC 87/1987 [fundamento jurídico 2.º y 69/1988, fundamento jurídico 4.º). Aunque también se ha dicho que «a este criterio no se le puede atribuir un valor absoluto» fundamento jurídico 3.º). Pues bien, respecto al supuesto aquí considerado no podría afirmarse con carácter general, y menos aun absoluto, que en un sector tan importante para el desarrollo de la actividad económica en general como el del petróleo -de ahí sin duda la concurrencia de una pluralidad de títulos competenciales-, las competencias específicas, por ejemplo, en materia energética, hayan de prevalecer necesariamente y en todo caso sobre las relativas a la planificación económica; y mucho menos que las primeras hayan de desplazar totalmente a las segundas. Las competencias de ordenación o dirección general de la economía -entre las que han de encuadrarse las relativas a planificación, de un lado, y, de otro, las de ordenación de concretos sectores económicos, entre los que se cuenta el energético y, dentro de éste, el subsector del petróleo- han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso.

Convendrá recordar, en efecto, que este Tribunal ha declarado reiteradamente que dentro de la competencia de dirección de la actividad económica general tienen cobertura «las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector» (STC 95/1986, fundamento jurídico 4.º y, en los mismos términos, STC 188/1989, fundamento jurídico 4.º, con cita de las SSTC 152/1988 y 75/1989). Doctrina aplicable con mayor razón a supuestos en los que existen, como en el presente, reservas competenciales expresas en favor del Estado tanto respecto de la actividad económica general (art. 149.1.13 CE) como del específico sector energético (art. 149.1.25 CE). Por lo que no es preciso efectuar esfuerzo interpretativo alguno para afirmar, respecto al presente supuesto, que de esa competencia estatal de dirección general de la economía a la que este Tribunal se ha referido forman parte, en cuanto la misma pueda recaer sobre el sector petrolero no sólo las genéricas competencias relativas a las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, sino también las más específicas de ordenación del sector energético, referentes a las bases del régimen del mismo.

11. LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA: LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE REGULACIÓN QUE INCORPORA LA LEY 54/1997 DE 27 DE NOVIEMBRE, DEL SECTOR ELÉCTRICO.

El propósito liberalizador de la nueva Ley del sector de 1997, manifestada en una clara determinación por transponer la normativa europea. Así, al describir el espíritu que le anima y sus contenidos principales, se lee que la norma pretende “*acotar la actuación del Estado en el sector*”, alterando el signo de la regulación preexistente a tales efectos en tres aspectos principales: a) Mediante el abandono de la noción de servicio público, “*sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio* (que se convierte así en servicio universal) *dentro del territorio nacional*”; b) Como consecuencia directa de lo anterior, cancelando la configuración institucional que apoyaba el modelo de la explotación unificada, desdoblado claramente la gestión económica (que abandona las posibilidades de una optimización teórica para basarse en las decisiones de los agentes económicos en el marco de un mercado mayorista organizado de electricidad), del despacho técnico; y c) Limitando al alcance de la planificación estatal “*restringida a las instalaciones de transporte*”, que tendrá en las restantes áreas de regulación, carácter indicativo.

Según Juan de la Cruz la Ley del Sector Eléctrico de 1997 estableció un nuevo Derecho de la electricidad:⁶⁴⁵ los fines que persigue la ordenación jurídica del sector se mantienen en buena medida, pero las técnicas jurídicas cambian por completo. Aparece una nueva estructura jurídica en la que ha cambiado la posición y cometidos de la

⁶⁴⁵ Pierre Sablière se preguntaba si existe un Derecho de la electricidad (Y a –t-il un Droit de l'Électricité?) referido al caso francés y entendiendo que para que el mismo exista se deben aunar un conjunto de textos legislativos y reglamentarios, de decisiones jurisprudenciales y de comentarios doctrinales, formando un cuerpo de referencias suficientemente homogéneas y específicas para justificar esta denominación, y distinguiendo en su trabajo entre un Derecho de la electricidad y un Derecho aplicable a la electricidad (energía, minas, recursos energéticos, política energética, etc.) En los Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz, 50, enero de 1990. Es evidente que nos referimos aquí a la categorización conceptual de este Derecho como disciplina informativa, en parecidos términos a los manejados por Lorenzo Martín-Retortillo respecto del Derecho Nuclear (L.Martín-Retortillo Baquer, Energía Nuclear y Derecho. Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1964), recuperados en el magnífico trabajo reciente sobre dicha disciplina y con igual orientación, por Juan Manuel Ayllón Díaz-González, Derecho Nuclear, Editorial Comares, Granada 1999, quien afirma que “el Derecho Nuclear, como tal disciplina informativa centrada en un ámbito material concreto, linda con otros sectores de la realidad de cuyo estudio se ocupan otras disciplinas como el Derecho Energético, el Derecho Minero o el Derecho Ambiental (libro citado, pág 3).

Administración, de las empresas y de los consumidores. Aparecen nuevas relaciones jurídicas sustentadas en diferentes derechos y obligaciones de los operadores jurídico-económicos. (...) la Ley presentaba un nuevo paradigma en virtud del cual el protagonismo se atribuye a la libre iniciativa empresarial ejercida en el marco de la libre competencia, que la propia Ley impulsó mediante la creación y organización de un mercado mayorista de generación y de un mercado minorista de suministro.

Este cambio de paradigma o modelo es, a juicio de Gaspar Ariño, radical respecto de la regulación anterior, ya que afecta a todos sus aspectos sustantivos: modelo de organización, modelo de transición, modelo de planificación, modelo de explotación y modelo de retribución. Todo ello conduce, a juicio de este autor, a una transición hacia la “competencia regulada”.

Si bien en apariencia los objetivos básicos de la regulación eléctrica de la Ley 54/1997 y su precedente del noventa y cuatro son coincidentes al pretender una triple garantía básica del suministro eléctrico (seguridad, calidad y menor coste; grupo de objetivos al que la Ley vigente añade la protección del medio ambiente “... *sin olvidar la protección del medio ambiente*”), los fines e instrumentos que enmarcan tales objetivos son sustancialmente diferentes. Así, mientras para la LOSEN “*la trascendencia social y económica del suministro eléctrico ha justificado una intensa intervención administrativa*” que se refleja entre otros aspectos determinantes en que “*la Ley no altera los principios generales de regulación de la explotación unificada del sistema eléctrico nacional establecidos en la Ley 49/1984*”. La Ley 54/1997 subraya que su “*propósito liberalizador no se limita a acotar de forma más estricta la actuación del Estado en el sector eléctrico sino a introducir cambios importantes en su regulación*”.

La idea de un sistema permanece también presente en ambas disposiciones pero el alcance atribuido al mismo es radicalmente diferente⁶⁴⁶. Los principios básicos de regulación

⁶⁴⁶ En la LOSEN “*el sistema eléctrico nacional se define como el conjunto de todas las actividades necesarias que confluyen el suministro de energía eléctrica y que, por esa confluencia, sólo pueden ser desarrolladas de modo armónico y coordinado, auténtica sustancia y objeto de la planificación eléctrica*”. La Ley del sector “*configura un sistema eléctrico que funcionará bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde*”.

que inspiran a juicio de su Exposición de Motivos la LOSEN son la obligación de suministro, la planificación conjunta de las necesidades de capacidad a largo plazo, la tarifa única y la explotación unificada, sustancialmente alejados del impulso liberalizador con que construye la Ley 54/1997, con continuas referencias al ejercicio de la libertad empresarial como punto de arranque del funcionamiento de un sector regulado en régimen de libre competencia.

11.1. Los principios básicos del modelo de regulación eléctrica que introduce la Ley 54/1997.

El ordenamiento jurídico-eléctrico que establece la Ley 54/1997 parte, en nuestra opinión, de una serie de principios que fundamentan e inspiran el conjunto de su regulación. En nuestro criterio, los principios básicos de la misma son: el de realización del mercado interior; el de suministro regulado; el de transparencia y libre competencia; y el de gradualidad.

A) *Principio de realización del mercado interior.*

Las Directivas comunitarias constituyen, a nuestro juicio, una auténtica norma de cabecera del “grupo normativo” que conforma la nueva regulación eléctrica española. Por tanto, la Directiva 96/92 y las dos Directivas subsiguientes ponen de manifiesto en el carácter de la transposición que el legislador nacional ha realizado de la norma comunitaria en sus principales manifestaciones. Una transposición sustantiva que, acogiendo uno de los dos modelos que la norma comunitaria propone para organizar el sector, el acceso de terceros, se va manifestando en todos y cada uno de los apartados fundamentales de la Ley española. Por ello, el primer principio que encontramos en nuestro ordenamiento es, precisamente, el que motiva la elaboración de la Directiva y la consiguiente adaptación nacional: la realización del mercado interior eléctrico.

Junto a la motivación política interna impulsada por el Gobierno español y aprobada por el Parlamento de profundizar y extender el proceso de liberalización y apertura gradual a la competencia eléctrica, existe otra motivación también política pero que incorpora igualmente una exigencia normativa tasada en el tiempo, como es la decisión de las

instituciones europeas de afirmar la efectiva construcción del mercado interior eléctrico europeo mediante la ordenada transposición de la Directiva sectorial.

Un elemento legitimador en origen y en resultado de la norma legal interna es, en nuestra opinión, sin duda el de contribuir por vía de aproximación legislativa nacional a la construcción o realización del mercado interior eléctrico europeo como parte integrante del mercado interior de la energía.

Por todo ello uno de los principios básicos de la reforma legal emprendida es el de realización del mercado interior. Principio no estático sino dinámico, inacabado y de doble sentido, ya que se va perfeccionando al ritmo impuesto en cada caso por el legislador comunitario y con el sucesivo alcance de adaptación otorgado por las autoridades nacionales de acuerdo con los ritmos liberalizadores que, en cada caso, se haya decidido imprimir.

B) Principio de suministro regulado.

El proceso de liberalización eléctrica como parte de la construcción del mercado interior, se inscribe en un modelo de regulación que afecta a un servicio de interés económico general, y que como hemos venido reiterando debe compatibilizar los postulados y concreciones de la libre competencia con tasadas obligaciones de servicio público económico. Se trata por tanto del suministro de un producto necesariamente regulado.

Desde el punto de vista económico las referidas características serían:

a) Como motor para el desarrollo socio-económico, *“el suministro de energía eléctrica es esencial para el funcionamiento de nuestra sociedad”... “El desarrollo tecnológico de la industria eléctrica y su estructura de aprovisionamiento de materias primas determinan la evolución de otros sectores de la industria”*⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ En el Asunto Comisión v. España sobre los derechos especiales y exclusivos en materia de importación y exportación de energía eléctrica, la Comisión definió el concepto de “seguridad pública” del art. 36 del Tratado, en su relación con el sector eléctrico, en una triple dimensión: a) Como seguridad de suministro a partir de combustibles primarios que puedan generar electricidad; b) Como capacidad suficiente para corresponder a la demanda; y c) Seguridad en el sistema de transmisión, lo que demanda, a juicio de la autoridad comunitaria, la necesidad de un control centralizado del sistema a fin de que se correspondan de forma permanente la oferta y la demanda.

b) Como factor de competitividad, *“su precio es un factor decisivo de la competitividad en buena parte de nuestra economía”*.

c) Por sus características de monopolio natural, *“se trata de una actividad intensiva en capital que requiere conexiones directas con los consumidores, cuya demanda de un producto no almacenable varía en períodos relativamente cortos de tiempo”*.

d) Por la imposibilidad técnica de almacenar el producto suministrado, *“al requerir que la oferta sea igual a la demanda en cada instante del tiempo, lo que supone necesariamente una coordinación de la producción de energía eléctrica, así como la coordinación entre las decisiones de inversión en generación y transporte de energía eléctrica”*.

Los artículos referidos al objeto de las disposiciones legales sobre electricidad han subrayado que invariablemente la *“presente Ley regula las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica”* y a continuación pasa a enunciar cada una de ellas y fijar el alcance o finalidad de la regulación de las mismas.

Este principio de suministro regulado implica también a un mismo tiempo la declaración de servicio esencial del suministro dentro de un marco jurídico inspirado en la mínima intervención estatal que se plasma de manera fehaciente en la reducción del campo de actuación estatal en el sector al dejar de tener la planificación carácter básico (y por ello determinante de las decisiones de inversión de las empresas eléctricas) para ser instrumento “indicativo” que la Administración sitúa a disposición de los sujetos que actúan en el mercado (artículo 4).

En sus alegaciones en este mismo Asunto, el Reino de España sostenía, de conformidad con lo resuelto en los casos Almelo y Campus Oil, que *“mientras no exista un ente supranacional que garantice a todos los consumidores el derecho a un suministro eléctrico eficaz, al más bajo coste posible, con las garantías de diversificación, que adicionalmente realice la planificación eléctrica, es necesaria una gestión integrada de la energía tanto importada como exportada y producida internamente”*.

Tras abandonar la noción de servicio público (*“tradicional, se señala, en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de transcendencia en la práctica”*) la Ley se inclina por considerar “servicio esencial” todas las actividades eléctricas (reguladas o no en los términos antes indicados del artículo 11.2), modificando así de manera sustancial en su intención la regulación precedente que extendía, como veíamos, el ámbito del suministro como servicio público del sistema.⁶⁴⁸

Seguramente se apreciaba así un ajuste de los títulos jurídicos a la nueva realidad liberalizadora del sector, de forma que uno de los elementos constitutivos de las obligaciones de servicio público, la garantía del suministro, acota la publicación del sector a dicha esfera, y por otra se reconoce la modernización de estas categorías⁶⁴⁹.

A pesar de esta calificación, a lo largo del texto se subrayan notas o elementos más propios del servicio de interés económico general, en tanto que constituyen las obligaciones o misiones de servicio público inscritas en el mismo: la universalidad (artículos 2.2 y 10.1); la regularidad del suministro (artículo 51.b); o la continuidad del mismo (artículos 62.4; 64.3; y Disposición Adicional Primera)⁶⁵⁰; que era el concepto inicialmente recogido en el Anteproyecto de Ley.

⁶⁴⁸ Ver en el orden histórico ya citado el Decreto-ley de 1924 y la Ley 49/1985, de 26 de diciembre, que declaró servicio público la explotación unificada. Desde el punto de vista jurisprudencial, el suministro de energía eléctrica ha sido calificado como “servicio público”, si bien con diversas adjetivaciones “por necesidades de utilidad pública”, “casi monopolio”, “por razones objetivas y subjetivas”, “producto de una concesión” (ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 25 de noviembre de 1978), “por contrato de concesión”, etc.

⁶⁴⁹ Como ha señalado Troncoso Reigada: “No se puede mantener una categoría que es incompatible con la realidad legal y económica. No se debe meter el vino nuevo de la liberalización comunitaria de los mercados en los odres viejos de la categoría de servicio público. Los conceptos tienen que servir para explicar la realidad legislativa y pueden dejar de ser válidos cuando esta realidad cambia. Si se mantienen, contribuyen frecuentemente a distorsionar la comprensión de esta realidad y a la hiperformalización de los sistemas jurídicos”. Troncoso Reigada, A.: *Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 19, núm. 57. Septiembre-Diciembre 1999.

⁶⁵⁰ Según expone Tardieu, la continuidad constituye la propia esencia del servicio público, toda vez que cuando éste se constituye es fundamentalmente con el fin de asegurar la satisfacción de necesidades generales que la iniciativa privada no podrá cubrir sino de un modo incompleto e intermitente. Por su parte, V. Buttgenbach indica cómo la expresión “servicio público” quiere decir, necesariamente, actividad continuada, bien entendido que esta cualidad debe ser matizada razonablemente, esto es, como funcionamiento continuo según la naturaleza misma del servicio y las prestaciones del régimen que lo regula. En igual sentido cabe citar a G. Vedel para quien si una actividad ha sido declarada como servicio público es justamente porque presenta un carácter particularmente imperioso para la vida nacional o local. García Oviedo y Martínez Useros, en la doctrina española, establecen una diferenciación entre este principio y el de regularidad, en base a la doctrina

El Tribunal Supremo se ha referido reiteradamente –desde la segunda mitad del pasado siglo- a la calificación como servicio público del suministro de energía eléctrica (Sentencias, entre otras, de 6 de febrero de 1958 –art. 504–, de 18 de mayo de 1976 –art. 2347– y de 23 de junio de 1977 –art. 3067–). Ahora bien, cuando se ha planteado la necesidad de determinar si existía un vínculo contractual entre la Administración y las empresas suministradoras de energía eléctrica, el Tribunal Supremo ha resuelto la cuestión de forma negativa, siendo aquí de cita obligada la Sentencia de 5 de febrero de 1958 antes mencionada –art. 504–, que estudia detenidamente esta cuestión y afirma tajantemente:

— que en la relación entre el Estado y las empresas dedicadas a la producción, transporte y suministro de electricidad es preciso distinguir entre un primer momento, la concesión administrativa del agua como bien de dominio público, y, en una segunda fase, la correspondiente a la instalación que se crea para el aprovechamiento de la fuerza motriz, en el que (CDO, quinto):

“...se origina un nuevo motivo de acción administrativa, de intervención del Estado, y se crea una industria..., que, con independencia de su origen, pasa a ser un elemento industrial indispensable a la vida del país sobre la que corresponde a la Administración intervenir para normar las condiciones de los suministros, desde el punto de vista técnico, de seguridad, de regularidad de los mismos y de fijación del precio del fluido suministrado”.

expuesta por Lafenburger respecto a la idea de iniciación de la actividad (entendida como “lo que conserva el ritmo inicial”) en tanto que la continuidad haría más bien referencia a la inexistencia de interrupciones en la prestación.

La continuidad del servicio público constituye no ya una consecuencia de la declaración de servicio, sino su característica definitoria más importante, hasta el punto de que la misma prestación verificada de forma discontinua pierde la naturaleza de servicio público, como ya ha sido indicado.

Tal continuidad admite, sin embargo, concepciones diferentes. No se trata de que en el bloque de los transportes el avión, el buque, el ferrocarril, o el autobús de servicio público estén funcionando continuamente, es decir, con una continuidad táctica que responda a la misma denominación. Se trata, más bien, de una *regularidad*, es decir, del mantenimiento de unas prestaciones que, por su propia naturaleza, son de imposible prestación continua.

- que la relación de las empresas suministradoras no es la del concesionario de un servicio público (CDO, sexto);
- que no se establece vínculo contractual alguno entre la Administración y las empresas con motivo de la regulación de las tarifas de suministro, aunque ello no quiere decir, ni mucho menos, que el Estado pueda ni deba desentenderse de los problemas de índole económica que afectan a las empresas (CDO, noveno).

También nuestra jurisprudencia ha definido el suministro eléctrico con distintas adjetivaciones como servicio público por tratarse de un artículo de primera necesidad: *“no obstante recibir el suministro de energía eléctrica el rango de servicio público por tratarse de un artículo de primera necesidad, lo que motiva que esté tutelado por numerosas disposiciones administrativas cuya exacta aplicación pueden facilitar los organismos dependientes del Ministerio de Industria emitiendo dictámenes o informes que por otra parte en modo alguno pueden vincular a los Tribunales”*⁶⁵¹; servicio público por necesidades de utilidad pública: *“servicio público, de interés primordial, al que deben prestar acatamiento y subordinación las Empresas encargadas de la cesión, o intercambio, de la producción, transporte, transformación, distribución y utilización de la energía eléctrica”*⁶⁵²; servicio público por razones objetivas y subjetivas: *“el servicio eléctrico, constituye servicio público, tanto por a) la naturaleza objetiva de la materia, utilización de servicio eléctrico de público interés, como b) de la función subjetiva de su adscripción a la vigilancia de Organismos estatales adecuados a tal servicio, de trascendente interés a los efectos característicos de la intervención del Poder público, en forma de Administración, en aquellos asuntos que, como este, afectan y tienen por objeto la regularidad y continuidad de una necesidad pública y de una organización pública también”*⁶⁵³; servicio público de

⁶⁵¹ Sentencia de la Jefatura de Estado, publicada en el BOE nº 276. Decreto 2915/1963 de 14 de noviembre, por el que se resuelve la cuestión de competencia suscitada entre el Gobierno Civil de León y el Juzgado Comarcal de Valencia de Don Juan con motivo de juicio de cognición seguido entre don Santiago Fernández Trobajo y don José Ramos Rodríguez, en representación de don Oscar Fuertes García.

⁶⁵² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 28 de abril de 1961 (Decreto de 12 de marzo de 1954, art. 1), sobre nulidad de contrato de suministro de energía eléctrica. Repertorio de Jurisprudencia J. Tocino. T.I. Servicios.

⁶⁵³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de julio de 1966 (Reglamento de Verificaciones Eléctricas, art. 93, y Resolución de 13 de agosto 1962). Energía eléctrica. Suministro por Compañía Urbanizadora a particular interesado en la urbanización, al margen de contrato

alumbrado: “*al reconocer su obligación de pagar el suministro que consumió, en abierta oposición con la que ahora se dice, referente a los antecedentes del establecimiento del servicio público de alumbrado, y cuya determinación es de esperar que facilite en periodo de ejecución de esta Sentencia*”⁶⁵⁴.

Entendemos, por lo anterior, que la inclusión del término “servicio esencial” inducía a confusión, dado que la doctrina y jurisprudencia, al interpretar el artículo 128.2 de la Constitución, han tendido a considerar estos como el presupuesto necesario que da lugar a la declaración de servicio público (servicio público en sentido estricto es calificado en alguna ocasión), la reserva al Estado –que supone, en principio, una limitación o negación a la libre iniciativa–, y la consiguiente *publicatio* de la actividad. Hubiera sido pues, a nuestro juicio, más deseable adoptar la figura del servicio de interés económico general -en coherencia con el espíritu de la norma de cabecera del grupo normativo eléctrico, la Directiva europea- que establece una presunción a favor de la libre competencia si bien reconociendo determinadas obligaciones de servicio público en la regulación de la electricidad⁶⁵⁵. Así lo establece la más reciente regulación del sector, como tendremos ocasión de comentar posteriormente.

Entendemos que esta calificación de servicios de interés económico general es más adecuada, conforme a la finalidad que persigue el proceso de liberalización del sector eléctrico al que deben servir las categorías jurídicas que lo informan. Servicio económico de interés general que permite combinar las exigencias u obligaciones de servicio público de un suministro regulado que constituye un servicio esencial para la comunidad como la energía eléctrica, y los requerimientos de la libre competencia. Servicio de interés económico

privado suscrito entre ambas partes, por resolución administrativa. Repertorio de Jurisprudencia J. Tocino. T.I. Servicios.

⁶⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta de lo Contencioso-Administrativo, de 6 de octubre de 1978 (Reglamento de Verificaciones Eléctricas de 12 de marzo de 1954, art. 14 del anexo). Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales: Actos o acuerdos declarativos de derechos: Revocación al margen de régimen legal: improcedencia. Lorca (Murcia): Suministro de energía eléctrica para alumbrado público y dependencias municipales, medido por contador y por 'tanto alzado': abono, intereses. Repertorio de Jurisprudencia J. Tocino. Social

⁶⁵⁵ Así lo establecía ya el artículo 2 de la Directiva 92/96.

general que lo concebimos como la modalidad comunitaria de los servicios impropios formulada fundamentalmente por la doctrina italiana⁶⁵⁶.

⁶⁵⁶ La doctrina francesa e italiana, y con ellas la española, los llama unas veces servicios públicos “virtuales” o servicios públicos “impropios” y otras actividades “reglamentadas” (sometidas a ordenamiento seccional) o actividades “programadas” (cuyo desenvolvimiento no es libre sino sometido a unos programas o reglas dictadas por la Administración); y finalmente en otras ocasiones se les califica como “servicios de interés público” (aludiendo con ello a la original naturaleza privada de la actividad, si bien esta se halla particularmente vinculada al interés público).

Cualquiera que sea la denominación que se adopte, lo que interesa destacar es que estamos ante actividades en las que no se da una formal declaración de servicio público, pero respecto de las cuales, por razón del interés público especial que encierran, el Estado se reserva unos poderes de intervención y control que van mucho más allá de la mera autorización inicial: el Estado conserva poderes de ordenación a lo largo del ejercicio de la actividad.

Gómez-Ferrer al calificar la enseñanza no estatal, como actividad privada de interés público, acepta así la existencia de un concepto *amplio* del servicio público (donde quedarían englobadas tanto estas actividades como los denominados servicios públicos impropios y virtuales), junto a otro estricto.

Ariño Ortiz, sostiene que “cualquiera que sea el criterio que se adopte (en concreto, si para la enseñanza, beneficencia, sanidad, taxis, actividades deportivas, etc., se requiere o no concesión) es un hecho que toda calificación de algo como servicio público requiere una «referibilidad» de tal actividad al Estado (o a la Administración Local): esto es, que tal actividad esté **asumida por la Administración**.”

¿Cómo se manifestará esta «asunción de actividad»? Por una doble vía: a), por una declaración formal de titularidad de la misma (*publicatio* en sentido estricto), que supone la reserva previa de un sector y la necesidad de concesión; b), por una intensa reglamentación de la misma, que configure y obligue a desarrollar la actividad en unos moldes determinados (*publicatio* en sentido lato): no se afirma en estos casos una titularidad real sino una titularidad virtual, que permitirá el desarrollo de la actividad sin previa concesión, pero sometida a autorización reglamentada”.

El servicio público, si se tienen en cuenta los hechos que motivaron su surgimiento histórico y su emancipación como categoría autónoma, alude siempre a una intervención especialmente intensa de la Administración (ya sea para obtener un monopolio de actividad o para lograr la residenciabilidad de determinadas materias ante los Tribunales contenciosos), pero –indica Ariño– a esta intervención se puede llegar bien a través de una referencia subjetiva (“*publicatio*”, en sentido estricto) o mediante la reglamentación detallada de actividades privadas (“*publicatio*”, en sentido lato).

A juicio de Carmen Chinchilla, en la Ley española de telecomunicaciones conviven servicios públicos, en el sentido tradicional del término, con servicios de telecomunicaciones prestados en régimen de competencia, pero que por ser servicios de interés general están sujetos a ciertas obligaciones de carácter prestacional.

La Ley y el Reglamento por el que se desarrolla el Título III de la misma, utilizan distintas denominaciones: obligaciones de servicio público; obligaciones con contenido de servicio público; obligaciones de prestación; y para referirse sin duda a una misma realidad: la obligación de prestación pública del servicio. Diferente es sin embargo la calificación de obligaciones de carácter público, como señala Chinchilla, ya que carecen de contenido prestacional, aunque indirectamente pueden servir a dicho fin y por razón de los obligados a su cumplimiento ésta alcanza no sólo a los operadores de servicios y redes de telecomunicaciones sino también a otros terceros interesados. Dentro de esta segunda clasificación o división de obligaciones de carácter público cabe distinguir, a su vez, entre las que se derivan del reconocimiento del derecho de los operadores a ocupar el dominio público y privado; las que se imponen a la Administración o los particulares a fin de que los titulares de las redes públicas de telecomunicaciones ocupen determinados bienes por ser estos necesarios para la instalación o explotación de redes; y las obligaciones relativas al deber de garantizar el secreto de las comunicaciones, a la protección de datos de carácter personal y al cifrado.

C) *Principio de libre competencia.*

El cambio de paradigma o modelo antes comentado en la regulación del sector tiene su traducción en la creación de las condiciones de competencia y acceso libre al mercado en igualdad de condiciones para los operadores. Este principio de libre competencia implica también necesariamente la afirmación del reconocimiento pleno de la libertad de empresa, expresión material de aquél, como un derecho esencial para el libre juego de la oferta y la demanda en el sector. Pero también implica la gradualidad en su adopción, es decir, la consideración de los requisitos necesarios para superar “la transición a la competencia” desde un modelo monopolizado, otro modelo de mayor libertad de comercio, empresa y precios.

La Exposición de Motivos de la Ley señala entre los principios que configuran el sistema eléctrico el de “*libre competencia, en el que la libre iniciativa empresarial adquirirá el protagonismo que le corresponde*”, para añadir que “*el sector eléctrico tiene unas características de complejidad técnica que hacen necesario garantizar que su funcionamiento en un marco liberalizado se produzca sin abusos de posiciones de dominio y con respeto estricto a las prácticas propias de la libre competencia*”.

Esta afirmación del principio de libre competencia la encontramos expresada en numerosos preceptos del texto legal, de manera directa e indirecta. Especialmente importantes son los artículos 1º y 2º de la Ley 54/1997 que encuadran el objeto y régimen de actividades del sector y donde los referidos principios son afirmados inequívocamente: “*Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica se ejercerán de forma coordinada bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia*”. Entendemos que la mención a la coordinación de las actividades eléctricas podría haber sido obviada en este artículo, o en todo caso sustituir la idea de coordinación que en la LOSEN como recordaremos era el presupuesto habilitante de la planificación, por la que cada una de las actividades se ejercerán de acuerdo o en el ámbito de sus funciones, competencias o límites, siendo evidente que el papel coordinador, y no respecto de todas las actividades del sector,

queda reservado a los operadores del sistema y del mercado y, en algunos supuestos, al gestor de la distribución.

El artículo 2º.1 afirma en línea también con lo antes expresado, que *“se reconoce la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de la energía”*. Este principio sí está materialmente presente en todas y cada una de las actividades del sector, aunque con distinta intensidad.

El principio de libre competencia se apoya a efectos de esta regulación sectorial tanto en la libertad empresarial que es a su vez presupuesto y consecuencia del anterior en dos técnicas precisas: la del acceso a las redes que constituyen las infraestructuras básicas del sistema consideradas económicamente monopolio natural; y la supresión de los derechos exclusivos en las distintas fases o actividades para habilitar así la desmonopolización de éstas o de algunas de las prestaciones derivadas de las mismas.

En tal sentido, en la generación se reconoce nuevamente –pero apoyándolo ahora en la técnica autorizatoria– el derecho a la libre instalación, y se organiza un mercado mayorista. El transporte y la distribución abren sus redes, única estructura física (o monopolio natural) al acceso de los peticionarios, afirmando que la propiedad de las redes –subraya la norma– no garantiza su uso exclusivo. Y la comercialización deja de ser una posibilidad, pasando a concretar su inserción desde la entrada en vigor del nuevo marco normativo y señalando un plazo –luego sucesivamente recortado– de diez años para extender la libertad de elección de suministrador a todas las categorías de consumidores.

11.2. La transición del modelo regulatorio: el reconocimiento de los costes de transición a la competencia.

Las Directivas europeas, desde la primera 96/92 al tercer paquete vigente, destacan pues, como antes comentábamos, la gradualidad o progresividad como uno de los elementos esenciales en la interpretación de esta norma.

Las Directivas son, por su propia naturaleza normas que reclaman el transcurso del tiempo para desplegar toda su eficacia que se manifiesta de manera plena en el acto de

transposición en los ordenamientos internos. Pero además de este hecho consustancial con el instrumento jurídico elegido para la liberalización sectorial, la propia norma introduce en su contenido como un mecanismo central del proceso la idea del principio de gradualidad o transición a la competencia desde sistemas monopolísticos o sometidos a intensa intervención y derechos exclusivos.

Considerando para ello que, debido al riesgo de dificultades particulares de adaptación en determinados Estados miembros, debe preverse la posibilidad de recurrir a determinados regímenes transitorios o excepciones, que permitan que el proceso de liberalización y apertura a la competencia se ajuste gradualmente tanto en la eficiencia de su modelo económico como en la consistencia, seguridad y protección de derechos fundamentales de su construcción jurídica. Ello responde a la idea de facilitar un tránsito a mecanismos de apertura a la competencia respetuosos con la seguridad jurídica fijada en un marco regulatorio completamente diferente, pero que proyecta y reconoce derechos a medio y largo plazo⁶⁵⁷. También a la imagen de una “liberalización controlada”, promovida desde las

⁶⁵⁷ Juan Ignacio Unda ha estudiado con detalle las experiencias internacionales en la configuración de estos derechos de transición. Así, señala que el establecimiento de sistemas de CTC ha sido habitual en EE.UU. y la Unión Europea como mecanismo auxiliar para la “liquidación” de un marco regulatorio y facilitar el tránsito a la competencia. Al margen de la misma existencia de tal sistema y de rasgos conceptuales muy básicos (el derecho a percibir una compensación limitada y gradual), la heterogeneidad preside las normativas nacionales que se caracterizan por una amplísima casuística. No existe un modelo ni un canon, denotando estas experiencias el esfuerzo y la imaginación de los reguladores y de las empresas para adaptar la situación peculiar de los sectores y de las normativas y un entorno de negociación muy laborioso. Y detalla los casos de Pennsylvania, donde: a) Los costes varados tenían que ser conocidos y medibles, así como netos de cualquier margen irrecuperable. Se calcularía su valor presente neto al inicio del período transitorio. Cualquier incremento en el valor de algún activo de generación compensaría otros costes varados; b) Sólo serían recuperables los costes derivados de la transición a la competencia, no siendo recuperables los costes debidos a plantas de generación obsoletas e ineficientes.

El fijado en la *California Public Utility Commission (CPUC)* de 1994, en la que los mecanismos que se establecieron fueron similares a los de Pennsylvania. Los CTC a recuperar cada año se calcularon como un porcentaje fijo de las facturas esperadas de los consumidores. Además, algunos grandes usuarios industriales y comerciales tienen que pagar también en función de la capacidad conectada.

Sin embargo, a diferencia del caso de Pennsylvania, no se estableció inicialmente un cap explícito, aunque se exigió que el régimen de recuperación de los costes varados fuese suficientemente largo, con lo que las tarifas podrían mantenerse a su nivel regulado antes de la introducción de competencia o por debajo de éste. Posteriormente esto fue modificado por el Parlamento estatal, de forma que se redujo un 10% la tarifa de los pequeños usuarios industriales y comerciales. Los precios estaban limitados por sus niveles regulados para los demás grupos de usuarios.

O el caso de Arizona, que en junio de 1997 creó el Grupo de Trabajo sobre los Costes Irrecuperables, de la *Arizona Corporation Commission (ACC)*. Grupo que investigó las cuestiones relacionadas con los costes asociados a la transición hacia una mayor competencia en el mercado eléctrico, incluyendo la determinación

instancias comunitarias y enraizada en la idea y contenido de las obligaciones de servicio público de interés económico general, que debe permitir conciliar, a juicio de la Comisión Europea, una apertura progresiva de los mercados con medidas encaminadas a proteger el interés general, haciendo especial hincapié en el principio de servicio universal, que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica⁶⁵⁸.

Por ello, el examen de la valoración de los costes hundidos o de transición a la competencia no pudo efectuarse fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 96/92 al ser la norma que establece las condiciones básicas de regulación del mercado de la electricidad, que deben transponerse en los ordenamientos internos, así como de las leyes derivadas de aquélla. Debe recordarse a tal efecto que a la entrada en vigor de la Directiva comunitaria todavía estaba vigente la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional con su dualidad de sistemas: integrado e independiente, que la actividad de producción tenía la naturaleza de servicio público sometido a un régimen económico tarifario resultado de costes estándares de inversión y operación reconocidos por la Administración en un contexto normativo de planificación estatal vinculante del equipo generador, costes de determinados activos fijos, subsidios al carbón nacional y tarifa única, al que las empresas eléctricas debían sujetar su gestión.

de los niveles adecuados de costes irre recuperables, las implicaciones financieras y contables, así como las alternativas disponibles para diseñar el mecanismo de recuperación, considerando tres alternativas:

- Un impuesto variable en función de los kW/kWh utilizados
- Un pago fijo de salida del consumidor, independiente del consumo
- Un pago fijo de acceso impuesto a los oferentes competitivos

Además de otros Estados de Norteamérica, como Virginia, New Jersey, New York, Maine o Massachussets.

En la Unión Europea, diversos países se han enfrentado con costes varados en la liberalización de su sector eléctrico y han establecido mecanismos de ayuda para permitir a los generadores adaptarse a la competencia. Así, el caso de Austria, que estableció una compensación de 458.000 € para las inversiones hidráulicas, principalmente para la central Freudenu en el Danubio y otra de 131.000 € para cubrir los costes de operación de la central de lignito Voitsberg III, Bélgica, Grecia, Portugal o Italia.

Juan Ignacio Unda: “Costes de transición a la competencia. La realidad de la recuperación”. Universidad del País Vasco. 2006.

⁶⁵⁸ Ver Libro Verde sobre los Servicios de Interés General. 21.5.2003. COM (2003) 270 final.

El artículo 24 de la primera Directiva preveía que los Estados miembros en los que las autorizaciones concedidas antes de la entrada en vigor de la Directiva contemplen compromisos o garantías de funcionamiento cuyo incumplimiento sea posible a causa de lo dispuesto en la Directiva, podrán solicitar acogerse a un régimen transitorio.

La Ley del Sistema Eléctrico de 1997 decide compensar los costes reconocidos bajo el régimen anterior, al establecer en su Disposición Transitoria Sexta la existencia de los denominados “costes de transición a la competencia”⁶⁵⁹, que corresponden a la diferencia entre los ingresos medios obtenidos por la empresa a través de la tarifa eléctrica y la retribución reconocida por la Ley para la producción de electricidad. Estos costes son considerados costes permanentes del sistema y repercutidos con carácter universal a todos los consumidores para luego ser compensados a las empresas por medio de una retribución fija durante un período máximo de diez años.

Parte de nuestra doctrina ha calificado estos costes de transición como un derecho de crédito subjetivo a favor de las compañías eléctricas. La obligación de la Administración de compensar a las compañías eléctricas por los costes “varados” o “hundidos”, que formalmente se proclama y se disciplina en la Ley del Sector Eléctrico, ha escrito Eduardo

⁶⁵⁹ La Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social vino a dar nueva redacción a dicho precepto, reconociendo el derecho a percibir por las entidades beneficiarias, una compensación por tales costes, así como la posible cesión de éstos a terceros, mediante el instrumento de la titulización de activos; estableciéndose así “*la afectación de un porcentaje de la facturación por venta de energía eléctrica a los consumidores, que será del 4,5% y se mantendrá hasta la satisfacción íntegra del importe*”.

El artículo 1º del Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero, modifica de nuevo la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 54/1997, estableciendo el método “por diferencias”, y anulando la posibilidad de titulización de este derecho de crédito. Asimismo se excluye de este régimen de energía importada de otros Estados de la Unión, y se regula que en el caso de que un activo que incorpore “CTCs” sea cedido a un precio superior al valor tenido en cuenta por las autoridades españolas para este cálculo, tal diferencia se deducirá de la suma total de los CTCs afectados a dicho activo.

Ver entre otra bibliografía de interés sobre la materia:

- Eurelectric Draft position paper on Stranded Cost recovery”, Mayo 1997.
- “The concept of Stranded Cost”. EURELECTRIC. 21 Junio 1995.
- Baumol, William J. and Sidak, Gregory J. (1996), *Transmission Pricing and Stranded Costs in the Electric Power Industry*, Washington, DC: American Enterprise Institute.
- Baumol, William J., Sidak, Gregory J. and Michaels, Robert J. (1995), ‘Stranded Investment: Pay Up or Mark Down, A Point-Counterpoint’, May 15 *Public Utilities Fortnightly*.
- Cowart, Richard: “Restructuring and the Public Good: Creating a National System Benefits Trust”, *The Electricity Journal* (April 1997).

García de Enterría, descansa en realidad en varios principios jurídicos, que refuerzan precisamente la concepción de estos costes como un genuino derecho de crédito que comporta, por el lado pasivo, la consiguiente sujeción de la Administración⁶⁶⁰.

A juicio de Gaspar Ariño, los principios constitucionales sobre responsabilidad del Estado legislador conducen a afirmar que el no reconocimiento de los CTCs en la cuantía adecuada –sobre la base de los costes estándares– sería inconstitucional, por atentar contra los derechos de propiedad y el principio de seguridad jurídica. De donde se deduce, con toda evidencia, que tanto en base al propio texto de la Ley 54/97 (Disposición Transitoria 6ª) como en base a los principios constitucionales que la inspiran, los CTCs no son ayudas sino verdaderos derechos retributivos (aunque de difícil cuantificación a priori) exigibles por el cambio regulatorio radical que se realiza con la liberalización del sector. Estos derechos se extienden no sólo a la recuperación de las inversiones en inmovilizado, sino también a la cobertura de todos aquellos costes variables (compras obligatorias, costes medioambientales, etc.) respecto de las cuales se había reconocido su cobertura en el sistema tarifario entonces vigente. Más aún, a la vista de cuanto llevamos dicho –agrega Gaspar Ariño– puede afirmarse que estos derechos retributivos no nacen de la Ley 54/97, sino que son anteriores a ella. Esta se limita a declarar o reconocer la existencia de los mismos, tal como fueron configurados con anterioridad por el ordenamiento, lo que quiere decir que aunque no los declarase existirían, y si los denegase, sería inconstitucional⁶⁶¹. Junto al principio de seguridad jurídica y buena fe, emerge como un corolario de ambos aplicado a determinados supuestos, como el que es objeto de este trabajo, el principio de protección de la confianza legítima. Principio también de rango administrativo y alcance constitucional⁶⁶².

⁶⁶⁰ Eduardo García de Enterría: Dictamen emitido a requerimiento de UNESA, en relación con la naturaleza jurídica de los costes de transición a la competencia reconocidos en la Ley del Sector Eléctrico. Noviembre de 1998.

⁶⁶¹ *Costes de Transición a la Competencia*. Fundación de Estudios de Regulación. Madrid. 1999. Págs. 110–111. Gaspar Ariño, Javier de Quinto y Lucía López de Castro.

⁶⁶² Entre otros pronunciamientos jurisprudenciales, cabe citar con relación a este tema la STS de 1 de febrero de 1990, ponente Martínez Sanjuán, que en su fundamento 2º, señala que este principio “*si bien acuñado en el ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de la protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se*

El cambio normativo que da lugar al otorgamiento de “costes de transición” ocasiona una ruptura del marco regulatorio precedente, que puede implicar no una ruptura de un hipotético contrato concesional ya que en el sector eléctrico no se reconoce “de iure” un estatuto concesional a los operadores, sino una privación o eventual expropiación de derechos que no permitiría a las empresas obtener las remuneraciones esperadas de conformidad con las inversiones realizadas bajo un régimen de planificación de éstas, concretos controles de entrada en la actividad sectorial y regulación de precios.

Rafael Gómez-Ferrer Rincón se ha detenido en el análisis doctrinal de este problema, situándolo, en nuestra opinión, en sus verdaderos términos, no como un problema específico de un sector concreto sino como un fenómeno que alcanza inevitablemente en su propia concepción normativa en un momento histórico dado –el que activa una modificación sustancial que altera el estatuto precedente– a diversos sectores regulados, como las telecomunicaciones, los servicios postales, el gas natural o la inspección técnica de vehículos. En este contexto Gómez-Ferrer Rincón señala, respecto del supuesto referido al sector eléctrico, que junto al principio de protección de la confianza legítima, *“todavía es posible encontrar en la jurisprudencia otro principio sobre el que fundamentar el derecho de las empresas eléctricas a percibir una compensación. Se trata del principio de igualdad ante las cargas públicas”*⁶⁶³.

basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de intereses en juego –interés individual e interés general– la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos inversiones que sólo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio”.

También se ha significado, desde la perspectiva jurisprudencial, la conexión de este principio con el artículo 106 de la LPC (Ej.: STS de 24 de septiembre de 1996... *“La norma permite además relacionar uno de estos factores (el tiempo transcurrido) con la buena fe, estableciendo así una vía para la aplicación del principio de confianza legítima”.*

⁶⁶³ Añade Gómez-Ferrer Rincón que ...“parece que junto a la especialidad del perjuicio es posible afirmar que estamos ante un perjuicio imprevisible –que por tanto excede de los límites inherentes al sector– y ante un perjuicio que es cuantitativamente grave [...] el problema que se plantea es el de si el principio de igualdad ante las cargas públicas tiene contenido constitucional y, por tanto, si es susceptible de fundamentar el derecho del particular a percibir una compensación. Parece que dicho fundamento podrá encontrarse en el art. 14 de la Constitución (principio de igualdad) y en el propio art. 33.1 en cuanto reconoce el derecho a la propiedad privada, o en el principio de proporcionalidad, o en la justicia distributiva (y, lógicamente, en el art. 31.1 de la CE en el específico ámbito tributario)”. Rafael Gómez-Ferrer Rincón: La transición a la competencia: sus

El montante máximo de costes a compensar es la diferencia entre los costes reconocidos por la legislación anterior y los ingresos que las empresas generadoras percibirán en un mercado competitivo y liberalizado, en función de un precio estimado. La cifra resultante refleja los costes que no podrán recuperarse por las empresas en el marco de un sistema competitivo.

El mecanismo de retribución se basa en la tarifa eléctrica, dedicándose a la compensación una parte de la facturación resultante de la venta de electricidad a los consumidores.

Se trata de determinar, de una parte, si cabe transponer limitada o reducidamente la Directiva 96/92, excepcionando de su aplicación, a través de las leyes nacionales, algunos de sus principales Capítulos (IV: Explotación de la red de transmisión; VI: Separación y transparencia de cuentas y VII: Organización del acceso a la red), por entender que, en algunos Estados, existen compromisos o garantías de funcionamiento cuyo cumplimiento resultaría temporalmente imposible por causa de la entrada en vigor de algunos de aquellos preceptos (que son el núcleo liberalizador de la Directiva); y, de otra, de examinar si los costes hundidos o de transición a la competencia derivados de los referidos compromisos, es decir, aquellos asumidos previamente por las entidades o empresas, públicas y privadas, y que no podrán ser recuperados o amortizados con un nuevo régimen liberalizador, constituyen ayudas de Estado, debiéndose someter, en tal caso, a la disciplina establecida en los artículos 92 y 93 del TUE.

A juicio de las autoridades españolas, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo⁶⁶⁴, solamente las ventajas que se conceden por el Estado o a través de fondos estatales constituyen ayudas de Estado. Ello significaría que sólo las ayudas concedidas directamente por el Estado o a través de un organismo público o privado,

costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico. INAP (Instituto Nacional de Administración Pública). Marcial Pons. Madrid, 2003. Págs. 390 y ss.

⁶⁶⁴ Sentencias 82/77 “Van Tiggele”, 189/91 “Kirsammer” y 72–73/91 “Sloman Neptun”.

nombrado o establecido por el Estado, son susceptibles de caer en la prohibición del apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE.

La Comisión recuerda que según jurisprudencia del TJCE⁶⁶⁵ deben darse tres criterios acumulativos para determinar si las sumas que transitan por un fondo constituyen fondos estatales:

- a) El fondo debe haber sido creado o hecho obligatorio por el Estado. Puede ser administrado por instituciones del Estado o distintas del Estado.
- b) El fondo debe ser alimentado por medio de contribuciones impuestas por el Estado.
- c) El fondo debe ser utilizado para favorecer a determinadas empresas.

La Comisión considera que en el caso del régimen de los CTC, el tránsito de las cantidades a través de la CNE es esencialmente de naturaleza contable, ya que las sumas transferidas a la cuenta abierta a nombre de la CNE no devienen nunca la propiedad de este organismo y son inmediatamente liquidadas a las empresas beneficiarias según un porcentaje predeterminado que la CNE no puede en absoluto modificar.

Por todo lo anterior⁶⁶⁶, la Comisión no puede determinar si el producto de la exacción instituida por el régimen de los CTCs constituye un fondo estatal, siendo este requisito condición imprescindible y necesaria para calificar una medida como ayuda de Estado en el sentido del artículo 87.1 del antiguo Tratado de la CEE.

Respecto al artículo 90.2, la Comisión alegó que no basta con haber confiado a una empresa la gestión de un servicio de interés económico general para que éste se beneficie

⁶⁶⁵ Sentencias C173/73, de 2 de julio de 1974, Italia c. Comisión, y C78/79, de 22 de marzo de 1997, Steinike c. República Federal Alemana.

⁶⁶⁶ Considera también la Comisión en su Decisión la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2002 en el Asunto C-379/98, en especial lo contenido en su apartado 59.

automáticamente de la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90, sino que debe demostrarse que la aplicación de las normas el Tratado, en particular las normas sobre la competencia, obstaculiza de forma directa o indirecta el cumplimiento de la misión específica que se ha confiado a esta empresa y que además, en aplicación del principio de proporcionalidad, el interés de la Comunidad no queda indebidamente afectado⁶⁶⁷.

12. LA PROFUNDIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE REGULACIÓN EN LAS SUCESIVAS NORMAS DE SECTOR ELÉCTRICO ESPAÑOL.

La Ley 54/1997 que traspuso la Directiva 1996/92/CE hasta su derogación por la nueva Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ha sido objeto de un gran desarrollo reglamentario, calculándose en más de seiscientas las normas adoptadas y más de cuatrocientas las vigentes en el momento de su derogación. Adicionalmente durante sus dieciséis años en la que estuvo en vigor sufrió casi cuarenta modificaciones legislativas, lo que pone de manifiesto las dificultades e instabilidades que ha tenido la implementación de los principios y técnicas de regulación que dicha disposición introducía. El análisis de dichas disposiciones es una tarea titánica, por lo que sólo es posible poner de manifiesto en que medida los citados principios y técnicas de regulación se han ido desarrollando en los principales ámbitos a los que se refiere la nueva regulación eléctrica.

12.1. La profundización de la regulación del mercado eléctrico instaurado por la Ley 54/1997.

Como hemos indicado la Ley 54/1997 supuso el abandono del modelo de explotación unificada del sistema, siendo una de las bases del nuevo esquema regulador la puesta en funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica, integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica.

⁶⁶⁷ Asimismo de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Corbeau, resulta, como hemos visto con anterioridad, que la excepción del artículo 90.2 se aplicará únicamente cuando la restricción de la competencia que se trata de justificar sea necesaria para permitir a la empresa que disfruta de un derecho exclusivo, llevar a cabo sus funciones específicas, en condiciones económicas aceptables.

Con esta finalidad el apartado 1 del artículo 11 de la citada Ley sancionaba la libre competencia como principio de funcionamiento básico de mercado, basado en la concertación de las “ofertas de energía eléctrica” realizadas por los productores y las “demandas” realizadas por los consumidores que tuvieran la condición de cualificados, los distribuidores y los comercializadores, en los términos que se establecieran reglamentariamente.

Al principio de libre competencia se unía el de la “autonomía de la voluntad” al señalar la Ley que los sujetos del mercado podrían pactar libremente los términos de los contratos de compra-venta de energía eléctrica que suscribieran, si bien con respeto a los contenidos mínimos legal y reglamentariamente establecidos.

Bajo estos presupuestos básicos, la propia Ley estructuraba, a su vez, el mercado de producción de energía eléctrica, en dos submercados:

- (i) de una parte, el mercado organizado (o “pool”)
- (ii) de otra, los contratos bilaterales.

En efecto, conforme al artículo 16.1.a), la retribución de las actividades destinadas a la producción se determina de forma diferente según se trate de transacciones llevadas a cabo en el mercado organizado o mediante contratación bilateral.

En el mercado organizado, tanto diario como intradiario, la retribución se lleva a cabo conforme al precio ofertado por las distintas unidades de producción, de tal manera que una vez que las ofertas de venta o adquisición de energía eléctrica han sido aceptadas por el Operador del Mercado y se ha cerrado el plazo para su presentación, se procede a realizar la casación para cada período de programación, partiendo de la oferta más barata hasta igualar la demanda.

Sin embargo, en el caso de contratación bilateral la energía suministrada se retribuye sobre la base del precio de las operaciones contratadas en firme en los mencionados mercados.

En ambos, casos, adicionalmente la Ley preveía la retribución de la garantía de potencia que cada unidad de producción prestase efectivamente al sistema (artículo 16.1.b), así como la retribución de los servicios complementarios de la producción de energía eléctrica necesarios para garantizar un suministro adecuado al consumidor (artículo 16.1.c).

A) *Principios básicos del funcionamiento del mercado de producción implementado por la Ley del Sector Eléctrico.*

Lógicamente, la Ley del Sector Eléctrico, sin perjuicio del correspondiente desarrollo reglamentario, recogido en el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica, debía establecer algunos principios básicos de funcionamiento del mercado de producción. Principios que se incluyeron en los artículos 23, respecto a las ofertas de venta de energía eléctrica, y en el 24, relativo a la demanda de electricidad.

Ambos preceptos estaban dedicados al mercado de producción organizado, salvo un apartado, el 3 del artículo 24, que preveía una modalidad contractual nunca desarrollada, entre los comercializadores y el resto de los sujetos cualificados, en el que las partes habrían de contemplar el precio de adquisición de la energía, el período temporal del suministro, y el sistema de liquidación (referenciado al mercado o por diferencias). Dejándose al desarrollo reglamentario en que momento y términos estos contratos deberían ser comunicados al operador de mercado.

Como hemos indicado, la retribución en el mercado organizado es el producto del precio de casación de la oferta y demanda en un mercado multilateral “ciego”, que viene marcado por el precio marginal ofertado por la última unidad de producción tenida en consideración para formalizar la casación en cada período de programación.

Para ello, los productores de energía eléctrica debían realizar sus ofertas de venta al operador de mercado, ya sea obligatoria (unidades de producción de más de 50 MW o que estén sometidas al Real Decreto 1538/1987), o potestativamente, según sus propias decisiones empresariales, salvo que se “*hayan acogido a sistemas de contratación bilateral que por sus características queden excluidos del sistema de ofertas*” (artículo 23.1).

Como contrapartida, los comercializadores y los consumidores cualificados podrían presentar igualmente al operador de mercado, ofertas de adquisición de energía eléctrica, que una vez aceptadas se constituirían en un compromiso en firme de suministro de energía eléctrica.

El Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, completó este cuadro contractual, recogiendo de forma expresa la consecuencia de la obligación de suministro universal impuesta a los distribuidores, indicando que los *“distribuidores de energía eléctrica estarán obligados a realizar ofertas económicas de adquisición de energía eléctrica al operador del mercado en cada período de programación por la parte de energía necesaria para el suministro de sus clientes a tarifa no cubierta mediante sistemas de contratación bilateral con entrega física”*.

B) Las conexiones internacionales de electricidad en la Ley 54/1997.

El Mercado nacional de producción de electricidad anteriormente descrito se completaba en la Ley del Sector Eléctrico con la posibilidad de importar o exportar energía mediante intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad.

En este caso, a los tradicionales sujetos del mercado (productores, distribuidores, comercializadores, consumidores cualificados) la Ley añadía un nuevo sujeto, el agente externo, considerando como tal a aquella entidad especialmente autorizada a entregar o tomar energía eléctrica de otros sistemas exteriores (artículo 9.1.c).

Los intercambios internacionales e intracomunitarios estaban igualmente liberalizados, si bien bajo control administrativo, diferenciándose entre: i) la adquisición de energía de otros países comunitarios, sujeta a autorización reglada, bajo el principio de reciprocidad; ii) la venta a otros países comunitarios, sujeta a comunicación previa al operador del sistema y autorización gubernativa, que sólo podría negarla cuando existiera un riesgo cierto para el suministro nacional; iii) los intercambios con países terceros, que estarán sometidos en todo caso a autorización administrativa.

Con el fin de impulsar la competencia y la apertura del mercado interior a nuevos sujetos, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, limitó la posibilidad de importar energía de otros países comunitarios (fuera del recientemente creado Mercado Ibérico de la Electricidad al que después aludiremos), o de terceros países no comunitarios, a los operadores que tuvieran la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico.

C) *El mercado minorista de electricidad.*

Junto al mercado de producción de electricidad, denominado por la doctrina económica “mercado mayorista”, la Ley del Sector Eléctrico regula igualmente el llamado “mercado minorista”, entendiéndose por tal el suministro de energía eléctrica a los usuarios finales, del cual únicamente se excluían los consumidores cualificados que acudían directamente al mercado de producción para la adquisición de la energía eléctrica que necesitaban para consumo propio.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurría en el mercado mayorista, el suministro de electricidad no era en la Ley del Sector Eléctrico una actividad totalmente liberalizada, pues junto a la posibilidad de acudir al mercado libre, capacidad que desde el 1 de enero de 2003 ostenta todo consumidor final, la Ley siempre ha mantenido la posibilidad de adquirir la energía eléctrica conforme a la tarifa fijada anualmente por el Gobierno.

Así, según el artículo 44, el suministro de electricidad al consumidor final podía ser realizado *“por las correspondientes empresas distribuidoras cuando se trate de consumidores a tarifa, o por las empresas comercializadoras en el caso de consumidores acogidos a la condición de cualificados.”*

Conforme a esta distinción, el distribuidor, en ejercicio de un actividad reglada, estaba obligado a llevar a cabo las prestaciones propias de un servicio universal, *“atendiendo en condiciones de igualdad las demandas de nuevos suministros eléctricos en las zonas en que operen y formalizar los contratos de suministro de acuerdo con lo establecido por la Administración”* (artículo 45.1.a).

En ambos casos, tanto el distribuidor como el comercializador, como contrapartida a la obligación de suministro de electricidad, en cumplimiento de sus obligaciones de servicio universal (“*ex lege*”), en un caso, o como consecuencia de los acuerdos comerciales suscritos (“*ex contractu*”), en otro, tenían derecho a: i) contratar la adquisición de energía necesaria para llevar a cabo el suministro; ii) facturar y cobrar el suministro realizado.

Ahora bien, si en el supuesto de suministro de energía eléctrica en régimen liberalizado, los comercializadores podían libremente presentar ofertas de adquisición de energía eléctrica, en función de cuáles son las obligaciones contractuales que han asumido, intentando cubrir con los ingresos del suministro de electricidad concertado con terceros tanto los costes de generación de dicha energía como los derivados de las actividades reguladas necesarias para dicho suministro, las empresas de distribución, conforme a los artículos 41.1.h) de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, están obligadas a:

“45.1.h) Adquirir la energía necesaria para el desarrollo de sus actividades, realizando el pago de sus adquisiciones de acuerdo con el procedimiento de liquidación que al efecto se establezca”

En aplicación a lo dispuesto en este artículo, el sistema eléctrico, para compensar el gasto de adquisición en el mercado de la energía eléctrica destinada y necesaria para el suministro a clientes a tarifa, reconoció a las empresas de distribución, como coste liquidable, el importe de la energía adquirida en dicho mercado, al precio medio ponderado de la energía adquirida por todos los distribuidores en cada período de liquidación.

De esta manera resultaba evidente que la compañía distribuidora no actuaba en el mercado de producción como un comprador de energía que posteriormente podía revenderla intentando optimizar el diferencial entre ambos precios. El principal objetivo de la compañía distribuidora era cumplir su obligación de prestar el servicio universal de suministro eléctrico a sus clientes a tarifa, asegurándose la adquisición en el mercado de la energía eléctrica necesaria que requerían sus clientes, e imputando el coste de adquisición de dicha electricidad al sistema como coste liquidable (“*pass through*”).

En definitiva, las empresas distribuidoras, para cumplir con su obligación universal (*“Prestación Obligatoria del Suministro”*) estaban obligadas a adquirir toda la energía necesaria que su obligación exigiera, aportando a la liquidación de las actividades reguladas la parte de la *tarifa integral* correspondiente a la asignación de coste de energía. En esta articulación la empresa distribuidora, como única responsable de la *“prestación obligatoria del suministro”* más que comprador era tomador de energía, obligado al reintegro de la cantidad cobrada en la *tarifa integral* para retribuir el coste liquidable de la energía del servicio universal de suministro eléctrico, y en el mismo sentido, a imputar al sistema el citado coste.

D) Los sujetos y agentes del mercado de la electricidad

Conforme a la Ley 54/1997 tenían la consideración de sujetos del mercado de producción aquellos que desarrollen actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, en su consideración de productores, agentes externos, distribuidores, comercializadores, consumidores cualificados y, de acuerdo con la Disposición adicional decimoctava de la Ley, los representantes, entendiendo como tales los que actuaban por cuanta de otro sujeto de mercado, ya sea en nombre de dicho sujeto (representación directa), sea en nombre propio (representación indirecta).

Los sujetos del mercado, al margen de prestar al operador del sistema garantía suficiente para dar cobertura de las obligaciones que puedan derivarse de su actuación, debían acreditar para serlo: i) la inscripción de las instalaciones o del propio sujeto en los Registros Administrativos correspondientes; ii) el poder notarial que acredite la calidad del representante.

Los sujetos del mercado que participan en el mercado organizado tenían la consideración de agentes de mercado, para lo cual debían: i) haberse adherido expresamente a las reglas y condiciones de funcionamiento y liquidación del mercado diario de producción en el correspondiente contrato de adhesión; ii) prestar la garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones que se puedan derivar de su actuación como agente en el mercado organizado.

En el mercado organizado actuaba además el denominado “Agente vendedor”, que se trata de un representante cualificado para la producción eléctrica en régimen especial que añade a las facultades normales de un representante la posibilidad de agrupar ofertas de sus representados, de modo que exista una posición final neta de todos los representados en el mercado.

E) El desarrollo e implementación del mercado eléctrico tras la Ley 54/1997

El mercado de producción eléctrica es una de las piezas básicas de la implantación del nuevo modelo del sector eléctrico que sanciona la Ley 54/1997. Ahora bien, el funcionamiento adecuado de dicho Mercado presenta una considerable dosis de dificultad técnica, lo que requiere un desarrollo reglamentario preciso.

Este marco regulador se estructura en diversas disposiciones de desarrollo, de menor a mayor complejidad técnica. El primero de estos escalones lo configura el Real Decreto 2019/1997, de 26 de diciembre, que tiene por objetivo recoger las normas básicas del mercado organizado y de la contratación bilateral al margen del mercado, estableciendo las condiciones generales de acceso de los sujetos a los diferentes segmentos del mercado organizado, diseñando la infraestructura institucional necesaria y fijando las normas básicas de su funcionamiento.

A su vez, los artículos 27 y 31 de citado Real Decreto prevén, que el operador del mercado/operador del sistema y la Comisión Nacional de Energía puedan proponer al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para su aprobación: i) las reglas de funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción que se consideren adecuadas; y ii) los procedimientos de operación de carácter técnico e instrumental necesarios para la realización de la adecuada gestión técnica del sistema

Un sistema eléctrico basado en principios de mercado exige igualmente establecer una adecuada coordinación entre el funcionamiento de los mecanismos de transacción comercial entre oferentes y demandantes de energía eléctrica, tanto en cantidad como en precio, y la producción y suministro de la energía eléctrica en tiempo real, pues la energía eléctrica es el único bien de suministro generalizado (“public utility”) no susceptible de ser almacenado.

Por esta razón el artículo 2 del Real Decreto 2019/1997 indica:

“El mercado de producción de energía eléctrica es el integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica.”

Precisamente por esta complejidad, el párrafo segundo del mismo artículo distingue, dentro del mercado de producción energía eléctrico en sentido amplio, dos tipos de transacciones diferentes, ambas recogidas en el párrafo 2 del artículo 2 mencionado:

- a) Las que se llevan a cabo conforme a mecanismos de mercados bilaterales, en donde el precio es fijado mediante una concertación entre oferta y demanda, como son: el mercado diario, el mercado intradiario, el mercado no organizado (contratación bilateral física) y, en la actualidad, como veremos con posterioridad, el mercado a plazo.
- b) Las que se llevan a cabo conforme a los servicios de ajuste del sistema, que no son propiamente mercados, pues no existe una concertación entre oferta y demanda. Conforme a estos mecanismos, a requerimiento del Operador del Sistema, los operadores prestan unos determinados servicios de ajustes (resolución de restricciones técnicas, servicios complementarios –de regulación, de control de tensión y reposición de servicios-, y gestión de desvíos), a cambio de una contraprestación. Los potenciales prestadores de servicios (normalmente los productores de energía) ofertan competitivamente sus precios, que son fijados conforme a los criterios objetivos establecidos en los diferentes Programas Operativos. El coste de dichos servicios es imputado a sus destinatarios, los consumidores de energía, con arreglo a los propios criterios establecidos en los citados Programas.

La 54/1997 fue paulatinamente recogiendo modificaciones que ampliaron y completaron el diseño inicial del mercado de producción, basado exclusivamente en un

mercado organizado de compra venta de electricidad al contado y un mecanismo de contratación bilateral no organizado.

La primera modificación se produjo mediante la inclusión, por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de la posibilidad contratación a plazo como alternativa a la contratación bilateral y la contratación al contado en el mercado organizado, modificándose el artículo 23, apartado 1 y los apartados 4 y 5 del artículo 24. Estos dos últimos apartados establecían expresamente:

“4. Reglamentariamente, se regularán diferentes modalidades de contratación. En particular se regulará la existencia de contratos de compraventa a plazo de energía eléctrica, contratos de carácter financiero que tengan como subyacente la energía eléctrica, así como contratos bilaterales realizados directamente entre los consumidores y los productores, entre los productores y los comercializadores y entre los comercializadores entre sí. Todos estos contratos estarán exceptuados del sistema de ofertas.

5. Reglamentariamente, se regulará la creación, organización y funcionamiento de mercados organizados que tengan por objeto la contratación a plazo de energía eléctrica, cuya gestión corresponderá a las Sociedades Gestoras, así como los sujetos del sector eléctrico que podrán participar en estos mercados, las condiciones en que podrán hacerlo, y la información que las Sociedades Gestoras deban comunicar al Operador del Mercado y al Operador del Sistema, a los efectos de asegurar el correcto funcionamiento del sistema eléctrico.

La segunda modificación consistió en la posibilidad de que los distribuidores pudieran adquirir parte de su energía al margen del mercado organizado de producción. Con este objetivo, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, introdujo un nuevo párrafo en el apartado 1 del artículo 23, que habilitaba al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio para regular la participación de los distribuidores en los sistemas de contratación bilateral con entrega física, así como los mecanismos que promuevan una gestión comercial eficiente por parte de dicho sistema.

La Ley 36/2003, con el objeto de fomentar la contratación a plazo, introdujo una nueva Disposición adicional decimosexta en la Ley del Sector Eléctrico, modificada posteriormente por el Real Decreto-ley 5/2005 y el Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, facultando al Gobierno para que regulara la *“emisión primaria de cierta cantidad de energía eléctrica, equivalente a una potencia determinada, en las condiciones y durante el período de tiempo que se especifiquen en la emisión.”* Esta emisión primaria de energía sería realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tuvieran la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico, sin que pueda ser superior la potencia afectada por cada emisión al 20% de la potencia eléctrica instalada de la que sea directa o indirectamente titular. La capacidad de producción que podrá ser adquirida individualmente en cada emisión por cada participante quedaba limitada a un máximo del 10% de la potencia total emitida.

El desarrollo del mercado a plazo ha ido parejo a la creación y puesta en funcionamiento de 2006 de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL), al amparo del Convenio Internacional entre el Reino de España y la República Portuguesa suscrito en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2004, que entró en vigor el 10 de abril de 2006. La puesta en funcionamiento de dicho Mercado dio lugar a la incorporación por el Real Decreto-ley 5/2005 de una nueva disposición adicional decimoctava, dedicada a la capacidad jurídica de los sujetos del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica, de tal manera que desde la fecha de entrada en vigor de dicho Convenio, *“se reconocerá capacidad a los sujetos del sector eléctrico portugués para actuar en los mercados de energía eléctrica previstos en el citado Convenio, siempre que se encuentren comprendidos dentro de su artículo 3, y de acuerdo con la normativa vigente en España”*.

El desarrollo reglamentario de las previsiones anteriormente mencionadas se llevó cabo por el Real Decreto-ley 5/2005, que amplió el concepto de mercado de producción a la contratación a plazo, posibilitaron la creación del Mercado Ibérico de la Electricidad, y se permitió a los distribuidores la adquisición de la energía necesaria para su venta a tarifa mediante la contratación bilateral, se dictó el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modificaron determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico y, en particular, el Real Decreto 2019/1997, de 26 de octubre, por el que se organiza y regula el mercado de producción de energía eléctrica.

A partir de dicho momento, se han aprobado las siguientes disposiciones:

a) Desarrollo del Mercado de contratación a plazo.

La Orden ITC/2129/2006, de 30 de junio y la Orden ITC/3990/2006, de 28 de diciembre, que regulaban, para el segundo semestre del año 2006 y el primer semestre del año 2007, respectivamente, la obligación de las empresas distribuidoras españolas de adquirir un porcentaje (inicialmente el 5%, y posteriormente el 10%) de la energía eléctrica que necesitan para sus clientes a tarifa en el Mercado a plazo/derivados del MIBEL, gestionado conforme a los acuerdos internacionales suscritos entre España y Portugal, por OMIP-OMIClear y que entró en funcionamiento el 3 de julio de 2006.

b) Subastas para adquisición de energía para los distribuidores

La Orden ITC/400/2007, de 26 de febrero, por la que se regulaban los contratos bilaterales que firmen las empresas distribuidoras para el suministro a tarifa en el territorio peninsular, que se canalizaba a través de un procedimiento de subastas, en las que partiendo de una cantidad de energía a suministrar para el conjunto de los distribuidores y de un precio de salida, se llega a un precio final de equilibrio entre oferta y demanda de energía.

c) Emisiones primarias de energía por operadores dominantes

La Disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, que en desarrollo de la Disposición adicional decimosexta de la Ley del Sector Eléctrico, obligó a realizar las primeras emisiones primarias de energía de los Operadores Dominantes antes del mes de julio de 2007. En uso de la habilitación otorgada en dicha disposición, el Secretario General de Energía aprobó la Resolución de 19 de abril de 2007, que reguló las características de dichas emisiones primarias, que se

concretaron en algunos de sus aspectos en la Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas de 11 de mayo de 2007.

- d) Regulación del régimen aplicable a la realización de intercambio intracomunitarios e internacionales de energía

La Orden ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, supuso la adaptación a la normativa española del Reglamento (CE) nº 1228/2003, de la Comisión, de 26 de junio de 2003, que reguló los procedimientos empleados para asignar la capacidad de interconexiones entre países de la Unión Europea, previendo la coordinación de los mecanismos de asignación entre los sistemas que unen las interconexiones. La citada Orden no modificó en lo que se refiere a la interconexión hispano-portuguesa el mecanismo previsto en la Orden previa, de 14 de julio de 1998, en tanto no se adaptara una posición común de ambos países. La entrada en vigor el 10 de abril de 2006 del Convenio Internacional del MIBEL exigió adaptar dicha Orden a las nuevas previsiones derivadas del funcionamiento de dicho Mercado, lo que se ha llevado a cabo mediante la promulgación de la Orden ITC/843/2007, de 28 de marzo que modifica la Orden ITC/4112/2005.

F) Las modificaciones introducidas por la Ley 17/2007, de 4 de julio en el mercado de producción de energía eléctrica que transpuso la Directiva 2003/54/CE.

Como indica su propia denominación la Ley 17/2007, de 4 de julio, que modifica la Ley 54/1997 tuvo por objeto adaptar dicha norma legal a lo dispuesto en la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

Ni la Directiva 2003/54/CE ni la Ley 17/2007 supusieron un cambio radical respecto a las bases para la creación del mercado interior de la electricidad, ya recogidas en la Directiva 96/92/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996 y la Ley 54/97. Se trató, en definitiva, de introducir nuevas medidas que garantizaran unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y redujeran el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamientos abusivos, así como asegurar que los

consumidores puedan acceder a las redes de transporte y distribución en condiciones no discriminatorias.

Si con carácter general, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley 17/2007, la mayor parte de las disposiciones establecidas en la Directiva 2003/54/CE ya estaban incorporadas en la legislación española, cabe igualmente afirmar que la mayor parte de las modificaciones que se introducen por la nueva Ley en la redacción originaria o modificada de la Ley 54/1997 en relación con el funcionamiento de los mercados eléctricos, en especial con el mercado de producción, ya eran una realidad más o menos operativa.

Mayores cambios se producen en el mercado minorista, como consecuencia de que a partir del 1 de enero de 2009 la actividad del suministro a tarifa deja de formar parte de la actividad de distribución. Por ello a partir de dicha fecha el suministro pasa a ser ejercido en su totalidad por los comercializadores en libre competencia y son los consumidores de electricidad quienes eligen libremente a su suministrador. Se regula, no obstante, la figura del suministrador de último recurso, que mantiene la obligación de suministrar electricidad como servicio universal para determinados consumidores, en los términos que contempla la normativa comunitaria.

Por dicha razón, el análisis más detallado de los cambios introducidos en la Ley del Sector Eléctrico respecto al funcionamiento del mercado eléctrico, obliga a diferencia entre los comúnmente llamados mercado mayorista y mercado minorista de electricidad.

G) El mercado mayorista de electricidad en la Ley 17/2007

Como indicábamos anteriormente, el mercado mayorista de electricidad, entendiendo por tal el mercado de producción eléctrica, no sufrió grandes cambios significativos en la nueva Ley, si bien se incorporaron al texto legal algunas precisiones terminológicas que con anterioridad venían recogidas en normas de menor rango. El análisis de las modificaciones introducidas por la Ley exige diferenciar los siguientes aspectos:

G.1) Concepto y estructura del mercado de producción (nuevo artículo 11.1)

La nueva redacción del apartado 1 del artículo 11 de la Ley 54P/1997 incluyó dos nuevos párrafos dedicados al mercado de producción, uno relativo a la definición del mercado y otro en relación con su estructura, que no figuraba previamente en la Ley del Sector Eléctrico, pero que coinciden prácticamente en su integridad con el contenido del artículo 2 del Real Decreto 2019/1997, tras la redacción dada por el Real Decreto 1454/2005, que ya hemos comentado.

El párrafo primero de dicho apartado se simplificaba, indicando que el mercado se desarrolla en un régimen de libre competencia, eliminándose la referencia al sistema de ofertas y demandas, pues como también hemos señalado si bien hay alguna parte del mercado en el que la formación de precios se estructura sobre la tradicional confluencia de oferta y demanda, hay parte del mercado en donde la fijación de precios se lleva a cabo en términos de subasta (tradicionalmente en los denominados servicios de ajuste del mercado), procedimiento de determinación de precios que se generalizará en el futuro en muchos de los nuevos mecanismos a desarrollar, como las subastas de distribución, las emisiones primarias de energía o las subastas de capacidad en los intercambios internacionales.

En definitiva, mercado no será en el futuro sinónimo de concurrencia de oferta y demanda, sino que abarcará a todo proceso en el que la formación de los precios relativos a los servicios o suministros prestados se llevará a cabo en un régimen de libre competencia, por contraposición a aquellos servicios en donde la fijación de los precios se determina por la autoridad administrativa competente (suministro de último recurso, peajes de acceso a las redes de transporte o distribución, entre otros).

G.2) Sujetos del mercado de producción eléctrica (artículo 9)

Tras la Ley 17/2007 siguen siendo sujetos del mercado de producción eléctrica, sin cambios significativos, los productores de energía eléctrica, habiendo ya desaparecido la referencia a los autoprodutores que se incluía en la letra a), en virtud de la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, que había preparado la regulación

de la Ley del Sector Eléctrico hacia el nuevo reglamentación de la producción de energía eléctrica bajo el régimen especial de las energías renovables.

Como consecuencia de la creación del MIBEL y la nueva regulación de los intercambios intracomunitarios de energía, desaparece la necesidad y por tanto la regulación de la figura del agente externo, como entidad encargada de las transacciones con los sistemas exteriores. Las funciones de los agentes externos pasaron a ser realizadas por los comercializadores, que conforme a la nueva redacción de la letra f) (antes h) son a partir de la nueva regulación, *“sociedades mercantiles que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su venta a los consumidores, a otros sujetos del sistema o para realizar operaciones de intercambio internacional en los términos establecidos en la presente Ley.”* Conforme a la Disposición transitoria cuarta de la Ley 17/2007, los agentes externos que a la entrada en vigor de la citada Ley hubieran obtenido autorización administrativa y estuvieran inscritos en el correspondiente registro, disponían de un plazo de seis meses para adaptar su autorización e inscripción a la figura del comercializador, sometiéndose durante este período a los derechos y obligaciones del comercializador.

A su vez, en los términos que reglamentariamente se establezcan, previa consulta con las Comunidades Autónomas, algún comercializador ostentará adicionalmente la obligación de suministro de último recurso, en los términos que luego analizaremos.

Los distribuidores, una vez transcurrido el período transitorio previsto al 1 de enero de 2009, dejarán de tener la condiciones de sujetos del mercado de producción, limitando sus actividades a la responsabilidad de la gestión de las redes de distribución.

Los consumidores siguen siendo los protagonistas del mercado minorista, al definirse con mayor precisión técnica en la nueva letra g) del artículo 9 de la Ley 54/1997 (antes apartado 2 del citado artículo) que entiende por tales aquellas personas físicas o jurídicas que compren la energía para su propio consumo, sin mayor precisión, desapareciendo la denominación ya obsoleta de consumidores cualificados, al poder acceder al mercado liberalizado cualquier consumidor sin discriminación alguna. Adicionalmente cuando el consumidor desee adquirir la energía eléctrica que precisa directamente del mercado de

producción, pasará a denominarse consumidor directo del mercado, ya sea como simple sujeto de mercado sino acude al mercado organizado, o en su consideración de agente del mercado, si pretende acudir no a un sistema de contratación bilateral sino a un “pool” de electricidad.

G.3) Las conexiones internacionales (artículo 13)

Los cambios introducidos por la Ley 17/2007 se refieren esencialmente al régimen de control administrativo necesario para llevar a cabo la operación que implique un intercambio internacional o intracomunitario, impulsándose una mayor libertad de contratación y, por tanto, una menor participación de supervisión por parte de la administración competente, lógica consecuencia del necesario proceso a la creación de un mercado único de la energía en el ámbito europeo y al impulso de una mayor capacidad de interconexión intercomunitaria.

Conforme a los cambios introducidos en la regulación de los sujetos del mercado, con la desaparición de las figuras del autoproductor, del agente externo y del concepto de consumidor cualificado, las operaciones de compra venta de electricidad con sistemas exteriores podrán ser realizadas por los productores, los comercializadores y los consumidores directos del mercado, manteniéndose el principio general ya existente, tras el Real Decreto-ley 5/2005, que la adquisición de energía podrá ser realizada mediante cualesquiera de las modalidades de contratación que se autoricen en el desarrollo de la Ley.

De igual manera, la Ley mantiene la referencia, introducida igualmente por el citado Real Decreto-ley 5/2005, de que en las operaciones de exportación, los sujetos deberán abonar los costes del sistema que proporcionalmente les correspondan. La Ley 12/2007 sustituye la mención que el apartado 6 del artículo 13 realizaba al régimen retributivo, al remitirse al posterior desarrollo reglamentario, por una referencia al régimen jurídico y económico, que busca una mayor precisión terminológica en la medida que el marco aplicable a estos intercambios internacionales no sólo regula el régimen retributivo, si bien la mención expresa a la variable “económica” es superflua, pues por definición el componente económico es uno de los diferentes aspectos del régimen jurídico aplicable.

Como indicábamos anteriormente, los principales cambios se producen en las exigencias de control administrativo de dichas operaciones. En este contexto, la Ley 12/2007 mantiene la obligación de autorización administrativa del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en los intercambios internacionales, entendiéndose por tales los realizados con países no pertenecientes a la Unión Europea. Sin embargo los intercambios intracomunitarios, es decir con países miembros de la Unión Europea, con el objetivo de la consecución de un mercado energético comunitario único, se liberalizan plenamente, pues ni la adquisición ni la venta de energía estarán sujetas tras la entrada en vigor de la Ley 12/2007, a ningún control administrativo, ni previo ni “a posteriori”, con la única salvedad de que en caso de venta de energía a estos países sólo es necesario llevar a cabo una comunicación al operador del sistema, que únicamente puede denegarla cuando implique un riesgo cierto para el suministro.

G.4) La retribución de las actividades de producción y comercialización (apartados 1 y 4 del artículo 16)

Las modificaciones introducidas en los apartados 1 y 4 del artículo 16 tienen escasa trascendencia práctica con la excepción de la desaparición del concepto retributivo denominado “garantía de potencia”.

En efecto, el apartado 1 dedicado a la retribución de las actividades de producción, apenas introdujo modificaciones en el apartado a), salvo a eliminar el rango legal del actual mecanismo de casación entre oferta y demanda en el mercado diario e intradiario, basado en la determinación del precio marginal correspondiente a la oferta realizada por la última unidad de producción cuya entrada en el sistema haya sido necesaria para atender la demanda de energía eléctrica. La nueva redacción de la letra a), con mucho mayor sentido jurídico, estableció una regulación más abierta, “*basada en el precio resultante del equilibrio entre la oferta y demanda de energía eléctrica ofertada*”, en el mercado diario o intradiario, que no prejuzgaba la solución técnica aplicable, ya sea por precio marginal o por cualquier otro sistema que pudiera considerarse en un futuro más representativo o más adecuado para servir como mecanismo de determinación de precios en un mercado organizado.

La nueva letra b), que sustituyó a la anterior letra c), se limita a ampliar el ámbito de los servicios propios del mercado que son igualmente retribuidos, no limitándolo exclusivamente a los servicios complementarios, sino a todos los servicios de ajuste que sean necesarios para garantizar un adecuado suministro al consumidor, que conforme al Real Decreto 2019/1997, tal y como ya hemos comentado, incluyen a los i) servicios complementarios; ii) los servicios de solución de restricciones técnicas; y iii) los servicios de desvío. Y que pueden tener naturaleza obligatoria o potestativa.

La nueva letra c), que sustituyó a la anterior letra b), sí supuso un cambio significativo pues eliminó la exigencia legal de tener que retribuir al productor con la denominada “garantía de potencia” que se definía como la retribución que percibía cada unidad de producción por la garantía prestada efectivamente al sistema, tomando en consideración la disponibilidad contrastada y tecnología de la instalación, tanto a medio y largo plazo como en cada período de programación, determinándose su precio en función de las necesidades de capacidad a largo plazo del sistema.

La nueva Ley no perfiló cuál puede ser el componente retributivo que sustituya el tradicional complemento por garantía de potencia, que seguía buscando como objetivo cubrir las necesidades de capacidad a largo plazo del sistema y, por tanto, fomentar la inversión en instalaciones de generación que cubran dichas necesidad de capacidad. Los cambios introducidos fueron de dos tipos: i) en primer lugar que el concepto retributivo dejó de ser obligatorio a ser potestativo, “el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio podrá”; ii) en segundo lugar, que se precisó el ámbito de lo que iba a ser la retribución “pago por capacidad”. En este contexto, la Disposición adicional sexta del Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir de 1 de julio de 2007, señaló que a partir del 1 de octubre de 2007, debía entrar en vigor el nuevo sistema de retribución en concepto de pago por capacidad. Dicho sistema debía articularse en dos tipos de incentivo, uno destinado a promover las inversiones de generación y otro destinado a promover la disponibilidad de las instalaciones para el sistema eléctrico.

En cuanto a la retribución de la actividad de comercialización, la Ley se limita a recordar que la retribución será libre, en los términos que libremente pacte el comercializador con cada uno de sus clientes, sin perjuicio de lo establecido en relación con el suministro de último recurso, al que después aludiremos.

Desaparece la mención que se realizaba en el apartado 4 del artículo 16 a la retribución de la función de comercialización integrada en la tarifa, si bien en la nueva redacción del artículo 18, dedicado a la tarifa de último recurso, se hizo una mención expresa a que la determinación de la misma, bajo un modelo aditivo, incluyendo expresamente en la letra c) del apartado 2, a “los costes de comercialización que correspondan”.

G.5) El funcionamiento del mercado de producción (artículos 23 y 24)

Al igual que en el apartados previos, los cambios que introduce la Ley 17/2007 en los artículo 23 y 24 tuvieron como finalidad precisar y adaptar la previa redacción de la Ley de Sector Eléctrico, pero sin introducir cambios sustanciales respecto al régimen actualmente vigente.

En concreto, la nueva Ley precisó el alcance del artículo 23, dedicado exclusivamente al sistema de ofertas en el mercado organizado. En este contexto los cambios introducidos fueron los siguientes:

- las ofertas de venta de energía al mercado por cada una de las unidades de producción de las que sean titulares, podrían referirse a unidades físicas o unidades en cartera.
- Se eliminó el límite inferior de 1 MW para poder realizar ofertas en el mercado organizado en los períodos de programación que el productor considerase oportuno cuando no estuviera obligado a hacerlo con carácter forzoso.
- En concordancia con el cambio de regulación con la prestación del servicio universal de suministro eléctrico a tarifa, se trasladó la obligación de realizar ofertas

económicas de adquisición de energía eléctrica al operador de mercado para dicho suministro, de los distribuidores a los comercializadores de último recurso.

- Se eliminó la posibilidad que regulaba el apartado 3 de un contrato especial entre consumidores cualificados y el resto de los sujetos, que nunca tuvo efectividad.

H) El suministro de energía eléctrica a consumidores finales: el mercado minorista de la electricidad.

A diferencia de lo que ocurrió con el mercado mayorista de producción, los cambios introducidos por la Ley 17/2007 en la Ley 54/1997, son de mayor calado, pues conllevaron una derogación de uno de los esquemas iniciales del sistema conforme al cuál el distribuidor no sólo era titular monopolístico de las redes de distribución, sino que tenía igualmente las obligaciones de prestador del servicio universal de suministro de energía eléctrica.

La descripción de estos cambios nos permite diferenciar las siguientes materias:

H.1) Concepto y modalidades de suministro (apartados 1 y 2 del artículo 44)

Se entiende con la nueva regulación como suministro de energía eléctrica la entrega de electricidad al consumidor final a través de las redes de transporte y distribución en las condiciones exigibles de regularidad y calidad, a cambio de una contraprestación. En consecuencia, no tienen la consideración de suministro eléctrico la entrega de electricidad a través de líneas directas que, al igual que en la redacción original de la Ley del Sector Eléctrico sólo podrán ser utilizadas por los titulares de la autorización administrativa y por sus instalaciones o filiales en las que cuenten con una participación significativa, no pudiéndose conceder acceso a terceros.

En consecuencia el suministro a un consumidor final puede realizarse:

- a) Por cualquier empresa de comercialización, con carácter general. En este caso los pajes de acceso a la red de distribución podrán contratarse a través de la empresa comercializadora.

- b) Tratándose de consumidores de último recurso, en los términos que reglamentariamente se establezcan, con una empresa comercializadora de último recurso
- c) Tratándose de consumidores directos en mercado, con cualquier otro sujeto autorizado en el mercado de dirección. En este caso el peaje de acceso a la red será abonado directamente por el consumidor al distribuidor al que estén conectadas las instalaciones de consumo.

H.2) Ejercicio de la actividad de comercialización (apartado 3 del artículo 44)

La Ley no introduce cambios significativos en el régimen de la actividad de comercialización, que viene caracterizada por las siguientes notas:

- Se requiere para su ejercicio disponer de una autorización administrativa
- La autorización administrativa tiene carácter reglado y ámbito territorial
- La autorización administrativa no concede derechos exclusivos ni se otorga en régimen de monopolio
- Deben inscribirse en un Registro administrativo especial
- Se deben otorgar al operador de sistema y, en su caso, al operador de mercado, las garantías que reglamentariamente se establezcan.

H.3) Protección de los derechos del consumidor (apartados 4 y 5 del artículo 44 y artículo 47 bis)

La protección al consumidor final de energía eléctrica es un objetivo básico de la nueva Ley, dedicando para ello diversas disposiciones. En particular, al desaparecer el binomio distribuidor-suministro universal, era conveniente reforzar los derechos del consumidor frente a la actuación del comercializador como único agente partícipe, del lado de la oferta, en el mercado minorista de la electricidad. Con esta finalidad, la Ley 17/2007 introduce las siguientes disposiciones:

- establecimiento por vía reglamentaria de las condiciones contractuales que deberán recogerse en los contratos de suministro a suscribir con consumidores que por sus características requirieran un tratamiento contractual específico;
- regulación de los procedimientos de cambios de suministrador, unido a la creación de la Oficina de Cambios de Suministrador, que será responsable de la supervisión de los cambios de suministrador conforme a los principios de transparencia, objetividad e independencia;
- establecimiento de procedimientos de resolución de reclamaciones y, en particular, al margen de las competencias autonómicas en materia de resolución extrajudicial de litigios en materia de consumo, regulando la posibilidad de acudir al Sistema Arbitral de Consumo para la resolución de tales reclamaciones;
- desglose en la facturación los importes correspondientes a sus servicios de los peajes, los costes de diversificación y seguridad de abastecimiento y permanentes del sistema, y los tributos que graven el consumo de electricidad;
- información a sus clientes acerca del origen de la energía suministrada, así como de los impactos ambientales de las distintas fuentes de energía y de la proporción utilizada entre ellas.

H.4) Retribución de la actividad de comercialización. Tarifa de último recurso (artículos 16.4 y 18)

La retribución de la actividad de comercialización se mantiene libre, pactada por las partes bajo los principios de libre competencia y libertad. Ahora bien, esta libertad contractual desaparece en el caso de que el consumidor final tenga unas características especiales que le hagan tener derecho al suministro de energía eléctrica a tarifa de último recurso. En este caso el comercializador que lleve a cabo el suministro, que deberá ser un comercializador de último recurso, sólo puede percibir como contraprestación máxima de la energía que suministra, una tarifa de último recurso (TUR), caracterizada por las siguientes notas:

- la tarifa será única para todo el territorio nacional;

- la tarifa tendrá la consideración de precios máximos a percibir, razón por la cual cabe acuerdos bilaterales que impliquen una reducción del precio máximo;
- la tarifa será aditiva, incluyen los costes de los servicios que tenga que atender el consumidor de último recurso para poner a disposición del usuario la energía eléctrica suministrada, teniendo en cuenta, entre otros, el costes de producción, y los peajes de acceso y los costes de comercialización que correspondan;
- la metodología para su cálculo la fijará el Gobierno. En cualquier caso debe fijarse respetando los principios de suficiencia de ingresos y que no ocasionen distorsiones a la competencia del mercado;
- no incluirán en sus costes impuestos o gravámenes que sean de aplicación.
- posibilidad de incluir un suplemento territorial en el caso de tributos de carácter autonómico o local.

H.5) Régimen transitorio (Disposición adicional vigésimo cuarta y transitoria segunda

Conforme a la Disposición adicional vigésimo cuarta, a partir del 1 de enero de 2009 quedó suprimido el sistema tarifario integral, estableciéndose la TUR. Hasta dicho momento, es decir, hasta el 1 de enero de 2009, continuaron en vigor las tarifas que se están actualmente aplicando y que percibían los distribuidores conforme a los principios que estaban vigentes, y que la Disposición transitoria fijó de nuevo en los siguientes términos:

- Obligación de presentar obligatoriamente ofertas de adquisición en el mercado al precio instrumental.
- Participación de los distribuidores en los sistemas de contratación bilateral física.
- Reconocimiento de los ingresos de la tarifa y de los costes de adquisición de la energía como ingresos y costes liquidables de las actividades reguladas. El precio reconocido para la liquidación era el precio medio ponderado de las adquisiciones correspondientes en cada período a las adquisiciones realizadas por el conjunto de los distribuidores.

- A partir del 1 de enero de 2009, los distribuidores dejaron de suministrar electricidad y se dejó de abonar la tarifa existente, siendo sustituida por la TUR.
- A partir del 1 de enero de 2010, sólo podían permanecer acogidos a tarifa de último recurso los consumidores de suministros en baja tensión.
- A partir del año 2011, sólo podían acogerse a la TUR los consumidores de energía eléctrica cuya potencia contratada sea inferior a 50 kV.

I) La transformación de un mercado basado casi exclusivamente en la contratación en el mercado organizado al contado (“pool”).

Como reiteradamente hemos señalado la Ley 17/2007 no introdujo cambios relevantes en el mercado de producción o mercado mayorista, limitándose a mejorar la redacción de algunos artículos de la Ley del Sector Eléctrico conforme a los cambios que ya se habían producido en el funcionamiento del propio mercado. En realidad las únicas modificaciones sustantivas que incorpora la nueva Ley respecto al régimen vigente fueron, como hemos indicado: i) la desaparición de la figura del agente externo; ii) la liberalización plena de los intercambios intracomunitarios de electricidad; iii) la modificación de la garantía de potencia como un componente de retribución obligatoria del mercado de producción.

Pero la entrada en vigor de la reforma de la Ley del Sector Eléctrico coincidió temporalmente con determinados cambios sustanciales en el sistema eléctrico, que tuvieron como objetivo ayudar a superar el gran reto al que se había enfrentado el mercado de producción de electricidad desde el inicio de su actividad en el año 1999: la objetividad y transparencia en la formación de los precios.

Como hemos venido indicando la introducción de los criterios de competencia en el funcionamiento del sistema eléctrico, se basó en cuatro columnas: i) la liberalización de la actividad de producción y comercialización de electricidad; ii) la creación de un mercado de producción; iii) la libre contratación del suministro de electricidad; iv) el establecimiento de la garantía del acceso de terceros a las redes de transporte y distribución. Sin embargo el legislador español mantuvo en la Ley del Sector Eléctrico del año 1997 dos cautelas que

intentaban proteger tanto a las empresas eléctricas como a los consumidores del riesgo que la introducción inmediata de las reglas del mercado podrían suponer, a unos u otros.

Estas cautelas fueron por el lado del sector empresarial, el reconocimiento de los costes de transición a la competencia, los CTCs, en los términos que hemos ya analizado. Por el lado del consumidor, la cautela que mantuvo la Ley ante el reto de un mercado competitivo de libre formación de precios, fue el mantenimiento de la opción existente hasta la actualidad por el suministro de electricidad a tarifa regulada, posibilidad reconocida no sólo para el consumidor doméstico o para el pequeño consumidor empresarial, sino igualmente al gran usuario de electricidad, mediante el mantenimiento de la tarifa de alta tensión.

Los CTCs, tuvieron inicialmente un efecto limitador en cuanto a la formación de precios, pues las compañías de generación recuperaban parte del coste de sus inversiones mediante la retribución de los citados costes de transición a la competencia, lo que posibilitaba que el precio del “pool” permaneciera por debajo de lo que habría sido el precio de un mercado transparente.

De igual manera la existencia de un mecanismo de garantía para el consumidor final, la retribución a tarifa, impedía el adecuado desarrollo de la parte del mercado de producción compensadora de la formación de precios en el “pool eléctrico”, es decir de la generalización del mecanismo de contratación bilateral o del establecimiento de un mercado a plazo. Por dicha razón, en especial en los años 2005 y 2006, una vez desaparecido el efecto de los CTCs, en un contexto de aumento del coste de generación eléctrica como consecuencia del incremento del precio del petróleo y de la internalización del coste ambiental de los derechos de emisión, el mercado actuó en sentido contrario, con una volatilidad al alza posiblemente tampoco ajustada a lo que habría sido la evolución de precios del mercado en condiciones normales. En este contexto, cualquier decisión que pudiera adoptar el Gobierno (como la fijación de un precio de referencia para los contratos asimilados a bilaterales físicos, como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-ley 3/2006), o los principales agentes de producción, dada la estructura oligopolística del mercado (tanto desde el punto de vista de la oferta -mercado diario versus mercado de restricciones técnicas-, como de la demanda –ofertas de adquisición para consumidores a

tarifa que no casan en el mercado diario y que se solucionan mediante los servicios de ajuste del sistema-), alteraba de forma significativa y poco transparente el nivel de precios del mercado.

La plena desaparición de los CTCs con la promulgación del Real Decreto-ley 7/2006 y la desaparición de la tarifa con la Ley 17/2007, sustituyéndola por un instrumento más adecuado a los fines perseguidos por la Directiva comunitaria, la garantía del suministro universal de electricidad al consumidor doméstico y al pequeño empresario, permitieron, por tanto, afrontar de forma definitiva el mecanismo de formación de precios en el mercado de producción de electricidad, introduciendo mecanismos alternativos que trataron de ayudar a reducir el peso del “pool” a una porcentaje del mercado similar al que existe en los países de nuestro entorno, adquiriendo además mayor sentido económico la utilización del precio marginal como procedimiento de fijación del precio del mercado organizado.

Estos mecanismos alternativos fueron, fundamentalmente, de dos tipos, el impulso de la contratación bilateral, por un lado, y el fomento del mercado a plazo, por otro. La implantación de estos mecanismos alternativos se llevó a cabo mediante la promulgación de diversas disposiciones reglamentarias, anteriormente citadas, y por la promulgación de las nuevas Reglas de funcionamiento del Mercado y determinados procedimientos operativos del sistema, en especial el PO-3.1, dedicado a la programación de la generación, ambos aprobados por sendas Resoluciones de 26 de junio de 2007, del Secretario General de Energía.

La importancia de estas disposiciones requiere realizar una breve referencia a su contenido y procedimiento de aplicación, en los términos que analizaremos a continuación:

1.1. Emisiones primarias de energía a cargo de los Operadores Dominantes

Al amparo de la Disposición adicional decimosexta de la Ley 54/97 y de la Disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006, el Secretario general de la Energía aprobó la Resolución de 19 de abril de 2007, por la que se regula las características de las subastas de las emisiones primarias de energía.

Los oferentes de las emisiones fueron los Operadores Dominantes recogidos en la Resolución de 19 de abril de 2007, pudiendo participar como demandantes todos los sujetos del mercado de producción que lo deseen, salvo los participantes de los grupos empresariales considerados como operadores principales del sector eléctrico.

Las emisiones primarias se instrumentaron como opciones de compra de energía hasta una potencia determinada, ejercitables a lo largo de un período de entrega a un precio conocido denominado en euros/MWh. Diferenciándose dos productos, el producto base, consistente en opciones ejercitables durante las 24 horas del día, de todos los días del período de entrega; y el producto punta, sólo ejercitable entre las 8:00 y las 24:00 de los días laborables.

La primera subasta se celebró el 13 de junio de 2007 y la oferta que debían realizar los demandantes se limitaba, pues, al precio o prima de la opción a satisfacer, expresada en €/MW/mes.

Con posterioridad, el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero estableció en una norma de mayor rango las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, que dio lugar a la Resolución de 13 de mayo de 2008 de la Secretaría General de Energía que reguló las emisiones primarias de energía previstas en la disposición adicional única de dicho Real Decreto.

1.2. Contratación bilateral de energía eléctrica para el suministro a tarifa en el territorio peninsular

Tras la reforma introducida en el Ley del Sector Eléctrico por el Real Decreto-ley 5/2005, extendiendo a las empresas distribuidoras la posibilidad de firmar contratos bilaterales de energía eléctrica con entrega física, y las modificaciones introducidas en el Real Decreto 2019/1997 por el Real Decreto 1454/2007, se aprobó la Orden ITC/400/2007, de 26 de febrero, desarrollada por la Resolución de la Secretaría General de la Energía de 19 de abril de 2007.

Conforme a la Orden la energía a suministrar por los comercializadores a tarifa regulada, se asignaba a través de un procedimiento de subastas en el que partiendo de una cantidad de energía a suministrar y de un precio de salida, se procedía a una reducción progresiva del precio hasta llegar al equilibrio entre oferta y demanda de energía.

Podían firmar con las empresas adquirentes de la energía eléctrica los contratos bilaterales resultantes de las subastas, cualquier sujeto del mercado que pudiera actuar como vendedor en el mercado de producción.

Los productos objeto de subasta podían ser de dos tipos: i) carga base, en el cual el vendedor se compromete a suministrar la energía equivalente a una potencia constante en todas las horas incluidas en el período de entrega; ii) carga modulada, en la cual el vendedor se compromete a suministrar un porcentaje fijo aplicado a un volumen de energía equivalente a una potencia variable para cada período horario incluido a lo largo del período de entrega.

La subasta determinaba el precio al que el vendedor se comprometía a suministrar la energía eléctrica conforme al contrato bilateral con entrega física a suscribir una vez cerrada la subasta, tanto para el caso de carga base, como para el supuesto de carga modulada.

La primera subasta para la compra de contratos de energía para el suministro a tarifa/último recurso se celebró el 19 de junio de 2007, si bien únicamente en la modalidad de carga base, siendo el objeto de la subasta el suministro de 6.500 MW de electricidad.

1.3. Implantación del mercado a plazo en el MIBEL.

El "*Convenio Internacional relativo a la constitución de un Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica entre el Reino de España y la República Portuguesa*", firmado por los respectivos Gobiernos, el 1 de Octubre de 2004, establece los principios generales de organización y funcionamiento del MIBEL y, en particular, el marco de organización del Mercado al Contado y del Mercado a Plazo. En los términos del "Acuerdo MIBEL", y a pesar de su actividad transfronteriza, el Mercado a Plazo del MIBEL es un mercado directamente sujeto a la ley y jurisdicción portuguesas, gestionado por la entidad OMIP,

actuando como cámara de compensación y contraparte central, la entidad OMIClear, participada al 100% por OMIP, si bien la regulación y supervisión del Mercado a Plazo será realizada en coordinación con la Comisión Nacional de Energía (CNE) y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

En el OMIP se negocian contratos de futuros, de dos clases. Uno de ellos implica entrega física y en el otro se prevé una liquidación a vencimiento puramente financiera, con la particularidad de que ambos tipos de contratos se benefician de un libro de órdenes común. El tipo de producto negociado en un contrato de carga base, con un nominal de 1MW por el número de horas de cada contrato, expresándose el precio en €/MWh.

Los períodos de entrega pueden ser de semanas, meses, trimestres y años, y el precio de referencia “spot” utilizado para la liquidación a vencimiento de ambos tipos de contratos es el precio medio de la energía eléctrica en la zona española, calculado en base a los valores registrados en el mercado diario gestionado por el OMEL.

Para fomentar el funcionamiento del mercado, y de acuerdo con los compromisos asumidos conjuntamente por los Gobiernos de Portugal y España, se aprobaron las Ordenes ITC/2129/2006, de 20 de junio y la ITC/3990/2006, de 28 de diciembre, que obligan a las empresas a adquirir el 5% (en el segundo semestre del 2006) y el 10% (en el primer semestre del 2007) de la energía vendida a clientes a tarifa en el mercado a plazo gestionado por OMIP-OMIClear.

1.4. Implantación de las subastas de capacidad en la interconexión entre España y Francia

Al amparo de lo dispuesto en el Reglamento (CE) número 1228/2003, de la Comisión, de 26 de junio de 2003, que regula los procedimientos empleados para asignar la capacidad de intercambio en las interconexiones entre países de la Unión Europea, se dictaron las Ordenes ITC/4112/2005, de 30 de diciembre y la Orden ITC/843/2007, de 28 de marzo.

En lo que se refiere a los intercambios de electricidad entre España-Francia dichas disposiciones regularon un nuevo mecanismo de gestión de la interconexión aplicado de

forma conjunta, con la participación de los operadores de los dos sistemas y de los mercados de ambos países.

El nuevo mecanismo estaba compuesto por dos procesos complementarios. Uno de ellos basado en la asignación de derechos físicos de capacidad mediante subastas explícitas en diferentes horizontes temporales y otro de corto plazo basado en un mecanismo de Acoplamiento de los Mercados Diarios organizados de Francia y de España.

La capacidad asignada en virtud de las subastas explícitas desarrolladas conjuntamente, podría ser utilizada para la ejecución de contratos bilaterales con entrega físicas que deberá ser notificada a los operadores de sistema con anterioridad a la correspondiente sesión del Mercado Diario de producción español, dando lugar así a la existencia de una transacción firme.

La capacidad disponible, una vez descontada la capacidad asignada utilizada, sería establecida por los operadores del sistema con carácter previo al proceso de formación de precios en el Mercado Diario. La participación en el proceso de acoplamiento de mercados se articulaba mediante la presentación de ofertas de compra y venta de energía en cada respectivo mercado nacional. El Operador de mercado diario tendría en cuenta a la hora de realizar la casación del mercado la capacidad comercial disponible, comunicada previamente, garantizando que el saldo neto de intercambio no supere dicha capacidad. Las ofertas eran liquidadas al precio marginal resultante del período de programación.

En el caso de que el sujeto titular de una asignación de capacidad no notificase la utilización de dicha capacidad en los plazos establecidos antes del Mercado Diario, dicha capacidad podía ser reasignada a otros sujetos, mediante subastas explícitas en horizontes diario e intradiario.

12.2. La regulación del régimen especial.

El cumplimiento de los objetivos ambientales fijados en el Protocolo de Kyoto e igualmente la necesidad de incrementar el autoabastecimiento energético dio lugar a que en paralelo con el proceso de liberalización del sector eléctrico se fuera desarrollando un

régimen intervencionista vinculado con la promoción de la producción de electricidad de origen renovable.

Y decimos intervencionista pues con la finalidad de incentivar la generación de electricidad que tuviera un determinado origen, el legislador aprueba una serie de disposiciones que no se fundamentan en los principios de libertad de establecimiento y de mercado, sino que tratan de establecer un sistema de incentivos o ayudas a determinadas tecnologías. Y este régimen subvencional requiere, por su propia naturaleza, un aumento del modelo de control e intervención administrativa, no sólo en el proceso autorizatorio, sino igualmente en la fijación del régimen económico-financiero aplicable a dichas instalaciones. Ha sido precisamente la falta de un modelo de control adecuado, derivado en gran medida por la disfunción competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el que posibilitó la aparición de una burbuja inversora que ha motivado decisiones políticas y económicas que, al menos conceptualmente, pueden ser contrarias al principio de seguridad jurídica.

La comprensión de lo que ha supuesto esta alteración de los principios básicos del funcionamiento del sistema por la obligación de establecer un régimen primado, requiere un detallado análisis histórico y una breve reflexión sobre el alcance de la enorme litigiosidad que la aprobación de este régimen especial y su posterior reforma ha generado.

A) *Antecedentes del régimen especial.*

Como señala Joaquín Nebreda⁶⁶⁸ la segunda crisis del petróleo, la de 1978, cogió a España en la transición a un régimen democrático y, por tanto, con tensiones políticas que hacían difícil afrontar la realidad económica o que la relegaban a un segundo plano en el interés de la opinión pública, lo que no impidió que, en el año 1980, el entonces presidente del Gobierno, Adolfo Suárez, propiciara los denominados “*Pactos de la Moncloa*”, uno de cuyos frutos sería la *Ley 82/1980, de 30 de diciembre, sobre conservación de la energía*.

⁶⁶⁸ Joaquín María Nebreda Pérez, “El régimen especial de producción eléctrica”, en el libro colectivo *Derecho de la regulación económica*, Editorial Iustel, dirigido por Santiago Muñoz Machado, Vol. 3, Tomo 1, 2010 (Sector energético).

La Ley 82/1980 tenía entre otras finalidades potenciar la adopción de fuentes renovables para reducir el consumo de hidrocarburos y, en general, reducir la dependencia exterior de combustibles, así como promover la utilización de energías residuales de otros procesos reducir la factura del petróleo. En ese momento, la *ratio iuris* no tenía ninguna connotación ambiental, sino evitar nuestra dependencia energética exterior.

Al amparo de dicha disposición legal, se aprobaron diversas normas reglamentarias que tenían incidencia en el sector de las energía renovables, en concreto, el Real Decreto 1217/1981, *de producción hidroeléctrica en pequeñas centrales*, el Real Decreto 907/1982, *de fomento de la autogeneración*, y el Real Decreto 1544/1982, *de fomento de las centrales hidroeléctricas de más de 5.000 kVAs*.

La segunda fase reglamentaria se inicia con la aprobación del Real Decreto 2366/1994, de 9 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones hidráulicas, de cogeneración y otras abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables. Dicha disposición incluye por primera vez la denominación *régimen especial* y también realiza una ligera referencia de carácter proambiental. Así, en el párrafo cuarto de su Exposición de Motivos se señala: “... y las energías renovables disminuyen, obviamente, el consumo de energía primaria convencional y tienen un impacto positivo en la protección medioambiental⁶⁶⁹”.

El Real Decreto 2366/1994 supuso la implementación efectiva del régimen especial en la medida que su régimen tuvo una larga vigencia, pues a través de distintos regímenes transitorios, su vigencia concluye, definitivamente, con la entrada en vigor del Real Decreto 661/2007, el 1 de Junio de 2007. Además este Real Decreto 2.366/1994, la última norma reglamentaria que establezca el umbral del régimen especial en las 100 MW de potencia instalada, para pasar a los 50 MW con la Ley 54/1997.

⁶⁶⁹ El Plan Energético Nacional 1991-2000, ya incorporaba como objetivo compatibilizar la eficiencia energética, la seguridad del suministro y la diversificación con la protección ambiental, con la pretensión de reducir la contaminación atmosférica. Ver, entre otros, el “*Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica*”, Enrique Domingo López, Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid 2000.

Durante todo este período se aprueban igualmente normas de carácter reglamentario, que establecían criterios procedimentales. Así, entre otras, se aprobó el Real Decreto 872/1982, de tramitación de expedientes de solicitud de beneficios establecidos por la Ley 82/1980, y el Real Decreto 916/1985, de tramitación de concesiones y autorizaciones administrativas para la instalación, ampliación o adaptación de aprovechamientos hidroeléctricos con potencia no superior a 5.000 kVAs. Y otras de menor rango, como la Orden Ministerial de 5 de Setiembre de 1985⁶⁷⁰ conteniendo normas administrativas y técnicas de funcionamiento y conexión a las redes eléctricas de centrales hidroeléctricas de hasta 5.000 kVAs. y centrales de cogeneración; o la Orden Ministerial 12 de Enero de 1995⁶⁷¹, *por la que se establecen las tarifas eléctricas*, que tuvo y tiene, hoy día, singular relevancia, en lo que atañe a los complementos tarifarios, tanto en la facturación a clientes finales como en la facturación derivada de la venta de energía en *régimen especial*.

B) La consolidación del régimen especial: Desde la aprobación de la Ley 54/1997 hasta la aprobación del Real Decreto 661/2007.

Como bien es sabido la consolidación del régimen especial en España se alcanzó durante de la vigencia de la Ley 54/1997. La Ley 54/1997 dedicó al régimen especial el Capítulo II del Título IV, artículos 27 a 31.

Los principios básicos sobre los que se sustenta el régimen especial en la redacción original de la Ley 54/1997, fueron los siguientes:

- a) La nueva regulación sitúa el umbral del régimen especial en los 50 MW⁶⁷² de potencia instalada, “reduciendo mitad el ámbito de este sistema, si bien en virtud de determinadas disposiciones transitorias, en protección de derechos adquiridos, se mantuvieron primas a instalaciones de potencia instalada superior a 50 MW y también se prevén subvenciones a instalaciones de más de 50 MW., si*

⁶⁷⁰ Orden Ministerial de Industria de 5 septiembre de 1985, BOE de 12 de septiembre de 1985.

⁶⁷¹ Orden Ministerial de Industria de 12 de enero de 1995, BOE de 14 de enero de 1995.

⁶⁷² El cómputo de potencia, a efectos de contrastar el límite de los 50 MW, se calcula considerando que pertenece a una única instalación la suma de potencias de las instalaciones unitarias de los grupos definidos.

*bien ha de dejarse claro que en el primer supuesto eran instalaciones reconocidas, transitoriamente, como de régimen especial, y ya no lo son, y en el segundo supuesto son instalaciones en régimen ordinario con una singular subvención*⁶⁷³”.

- b)** Conforme a la nueva regulación la construcción, explotación, modificación sustancial, la transmisión y el cierre de instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial estaba sometida a un régimen de autorización administrativa previa que tenía carácter reglado. La competencia para dicha autorización se atribuyó a las Comunidades Autónomas que, a su vez, eran las Administraciones competentes para la gestión del registro especial autonómico de instalaciones de producción en régimen especial. La inscripción de la instalación en dicho registro era presupuesto previo para poder acceder al régimen retributivo primado.

La atribución de competencias administrativas a las Administraciones autonómicas en materia de autorización de las instalaciones, desligando el ejercicio de dichas competencias de la responsabilidad derivada de la aplicación del régimen retributivo atribuido a dichas instalaciones creó una distorsión competencial, a la que se puede atribuir, en parte, las causas de un crecimiento descontrolado de dichas instalaciones, que se trató de paliar posteriormente con la introducción del registro de preasignación⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Como bien señala Joaquín María Nebreda Pérez en el artículo ya citado, “*El régimen especial de producción eléctrica*”, al que seguiremos en esta inicial explicación de la evolución del régimen especial hasta la aprobación del Real Decreto 661/2007.

⁶⁷⁴ Desde la perspectiva competencial, esta disociación impone un desdoblamiento de competencias competencial rechazable desde la perspectiva de la eficacia en la aplicación del sistema. Señala acertadamente Joaquín Nebreda en la obra citada que: “*De modo que, así como el establecimiento de los beneficios propios del régimen especial son, indiscutiblemente, de competencia exclusiva estatal, en su diseño y en su ejecución (porque son beneficios afectos al régimen económico del sector eléctrico por ser un elemento de carácter tarifario), el reconocimiento específico de la condición de instalación acogida al régimen especial también lo es, porque no es más que el reconocimiento, en concreto, de que una instalación tiene derecho a los beneficios del régimen especial y, en consecuencia, la competencia de reconocimiento de la condición de régimen especial es el instrumento para garantizar que sus beneficios se otorgan sin criterios discriminatorios ni distintos y, también, para asegurar que el montante total de las subvenciones previstas, con que se sobrecarga la tarifa de todos los españoles, se destine a quien corresponde y no sea superado por un reconocimiento desmesurado de derechos de subvención. Dicho de otra manera, la competencia para reconocer el derecho a la subvención privada y regulada, fundada en la potestad tarifaria de la Administración General del Estado,*

- c) Los productores en régimen especial gozaban del derecho a incorporar con carácter prioritario su energía excedentaria al sistema.
- d) Por último, el régimen retributivo de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial se completaba con la percepción de una prima, en los términos que reglamentariamente se establecieran, en los supuestos previstos en la propia Ley 54/1997. En la redacción inicial de la Ley, la prima se debía calcular de tal forma que el precio de la electricidad vendida por estas instalaciones se estableciera dentro de una banda porcentual comprendida entre el 80 y el 90 por 100 de un precio medio de la electricidad calculada dividiendo los ingresos derivados de la facturación por suministro de electricidad entre la energía suministrada⁶⁷⁵.

B.1. Períodos reglamentarios durante la vigencia de la Ley 54/1997

Bajo el nuevo marco normativo introducido por la Ley 54/1997, el primer periodo reglamentario de este segundo hito legal de la regulación del *régimen especial*, se inicia con el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración que, como ya hemos adelantado, deroga el Real Decreto 2366/1994, pero incluye un período transitorio a favor de los titulares de derechos adquiridos.

El Real Decreto 2818/1998 estableció las categorías tecnológicas clásicas del *régimen especial* que se han mantenido a grandes rasgos, si bien reduciéndose finalmente a tres, en

no puede ser ajena a la competencia de establecimiento de la propia subvención, porque sería tanto como negar el control sobre la cuantía total subvencionada”.

⁶⁷⁵ A partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2006, de 23 de junio, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético, se da una nueva redacción a los principios legales básicos del sistema retributivo del régimen especial, que estará vigente hasta la aprobación del nuevo régimen retributivo establecido en julio del año 2013. En concreto la redacción introducida en el año 2006, señala que: “*para la determinación de las primas se tendrá en cuenta el nivel de tensión de entrega de la energía a la red, la contribución efectiva a la mejora del medio ambiente, al ahorro de energía primaria y a la eficiencia energética, la producción de calor útil económicamente justificable y los costes de inversión en que se haya incurrido, al efecto de conseguir unas tasas de rentabilidad razonables con referencia al coste del dinero en el mercado de capitales*”.

las sucesivas regulaciones de dicho régimen: a) de cogeneración, vinculada con el eficiencia energética; b) de utilización de las energías renovables y de la biomasa o el biogás, vinculadas con la protección ambiental; c) de valorización de residuos y, d) también de residuos agrícolas, forestales y ganaderos.

El Real Decreto 2818/1998, fue modificado por el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, que dio lugar al Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto, por el que se regula para las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial su incentivación en la participación en el mercado de producción, determinadas obligaciones de información de sus previsiones de producción, y la adquisición por los comercializadores de su energía eléctrica producida, que introduce la posibilidad de que los productores en *régimen especial* la posibilidad de dos modalidades de venta: i) la venta a tarifa al distribuidor, como suministrador del cliente final, siempre obligado a adquirir la energía; ii) y la venta a *precio libre*, en el *pool* o mediante la contratación bilateral.

El segundo período reglamentario dentro de la Ley 1997 del segundo hito legal de la normativa del *régimen especial*, se concreta en el Real Decreto 436/2004 que, apoyándose en la estabilidad que otorgaba el Real Decreto 1432/2002 *de metodología de la tarifa media de referencia*, incorporó un nuevo régimen retributivo, que se presumió duradero, aunque se agotó a mediados del año 2007, con el Real Decreto 661/2007.

En este segundo período reglamentario, la venta al distribuidor, siempre obligado a adquirir, se retribuía mediante una tarifa relacionada, porcentualmente, con la *tarifa media de referencia*, que es de la que se partía para establecer la escala de tarifas aplicables a los clientes finales. Por su parte, la retribución en el caso de venta a mercado se fijaba igualmente, además de con el precio libre pactado, con una prima, ambos relacionados, también porcentualmente, con la *tarifa media de referencia*.

Derogado el segundo periodo reglamentario finalizaron, también, los periodos transitorios que se mantenían vigentes de los reglamentos previos del régimen especial, pudiéndose iniciar el tercer periodo reglamentario sin necesidad de mantener regulaciones

históricas que harían más complejo. Tercer período reglamentario que se inicia con la aprobación del Real Decreto 661/2007, de 25 de julio.

B.2. Características del régimen especial establecido en el Real Decreto 661/2007

La columna vertebral de la regulación del *régimen especial* al amparo de la Ley 54/1997, lo constituyó el ya referido Real Decreto 661/2007 que mantuvo las características básicas del régimen especial establecidas en las normas reglamentarias previas, pero incorporando novedades de gran importancia que posibilitaron un crecimiento exponencial de las instalaciones acogidas a dicho régimen, en particular en el sector fotovoltaico.

En concreto, el Real Decreto 661/2007 mantuvo: i) la delegación a favor de la Comunidades Autónomas respecto del reconocimiento de *régimen especial* de las instalaciones; ii) la prioridad de acceso a las redes del *servicio esencial* de la energía producida en este régimen, respecto de la producida en *régimen ordinario*; iii) las categorías de tecnologías afectas al régimen especial, si bien las reduce a las tres siguientes: la cogeneración; las de energías renovables, de la biomasa y los biocarburantes, y las dedicadas a la valorización de residuos; iv) la doble opción de venta, al sistema, mediante una tarifa, que integra la subvención, y a precio libre, en el *pool* o mediante contratación bilateral, con asignación de una prima, a modo de subvención⁶⁷⁶.

Entre las novedades más importantes que introdujo el nuevo marco reglamentario aprobado, podemos destacar las siguientes:

- a) El Real Decreto 661/2007 eliminó la referencia de la retribución del *régimen especial* a la *tarifa media de referencia* y la obligación de compra de la energía

⁶⁷⁶ Tanto la tarifa como la prima se establecen, para unas tecnologías, de forma indefinida y, para otras, durante un determinado periodo de tiempo (15, 20 y 25 años), a partir del cual la subvención, integrada en la tarifa o en concepto de prima, se reduce o se elimina, según los casos. Este régimen subvencional conlleva un criterio de *actualización*, trimestral o anual, y otro de *revisión* cuatrienal, siempre que hayan transcurrido, al menos dos años de la puesta en marcha de las mismas. El criterio de *actualización* está constreñido por el sometimiento a fórmulas preestablecidas, como son los precios de materias primas y el IPC. Por el contrario, el criterio de *revisión* cuatrienal es menos rígido o predecible, al referenciar la revisión al grado de cumplimiento de la planificación energética y a los nuevos objetivos que se incluyan en el Plan de Energías Renovables.

por el distribuidor, para imponérsela *al sistema*⁶⁷⁷, por cuanto que el proceso final de la liberalización eléctrica supone la limitación funcional del distribuidor a la mera gestión de red (construcción, operación y mantenimiento) dejando, por tanto, su función suministradora.

- b) El Real Decreto 661/2007 estableció un sistema de límites a la percepción de las primas, aplicable sólo a determinadas categorías, por el cual se prevé que la retribución total, precio de mercado más prima, ni pueda superar una cuantía determinada ni pueda ser inferior a otra, ambas preestablecidas, así que cuando el precio del mercado suba la prima se irá reduciendo hasta desaparecer y cuando tal precio baje la prima irá incrementándose.
- c) Es también novedosa la incorporación de un límite a la implantación de las distintas tecnologías. Este límite al desarrollo de las tecnologías se denominó *potencia instalada de referencia* que no era sino el objetivo máximo, de potencia instalada, previsto para cada uno de los grupos y subgrupos de tecnologías afectos al *régimen especial*, de modo que alcanzado el 85% de la potencia instalada se abrirá un periodo, máximo de doce meses, en el que las instalaciones que consigan verter electricidad a la red, efectivamente, podrán acogerse a la retribución pre-establecida, perdiendo, las que lo no lo consiguieran, los beneficios retributivos establecidos, salvo que se regulara otra cosa en el futuro, debiendo vender su energía a precio libre sin prima o, si optó por la venta a tarifa, cederla al sistema al precio final horario del *pool*.
- d) Tiene singular relieve la novedad introducida por el Real Decreto 661/2007 que modificó la regla de otorgamiento del punto de conexión, por el titular de la red, de modo que el contrato de conexión debía ser previo a la solicitud de autorización industrial del proyecto técnico de la instalación, a fin de garantizar

⁶⁷⁷ Señala con acierto Joaquín Nebreda en la obra citada que “El sistema carece de personalidad jurídica, es una ficción jurídica. Realmente, el vendedor, a tarifa, de energía en régimen especial inyecta la energía en la red, ofertándola a precio cero y esta energía, cedida a la red, la gestionará el Operador del Sistema, con lo que el cedente, el productor en régimen especial, adquiere un derecho de crédito en la liquidación del sistema eléctrico que llevará a cabo la Comisión Nacional de Energía”.

que todas aquellas que merecieran la condición de instalación en *régimen especial* tuvieran, previamente, garantizada la conexión a la red y, por tanto, la evacuación de su energía.

Cabe por último señalar que el Real Decreto 661/2007 fue modificado por el Real Decreto 1578/2008, al margen de en otros temas menores, en dos aspectos esenciales:

- a) En primer lugar, se modificó, para todas las tecnologías del *régimen especial*, el hito de la inscripción definitiva, por el de venta de la producción neta, tanto para el inicio del derecho a percibir los beneficios del *régimen especial* como para establecer la permanencia en un régimen retributivo cuando se consumiera el plazo establecido por agotamiento de la *potencia de referencia*.
- b) En segundo lugar se creó para las instalaciones fotovoltaicas un nuevo procedimiento denominado de *preasignación* asociado a la cobertura de cupos en cada convocatoria que promueva la Administración General del Estado, de tal manera que al procedimiento de reconocimiento autonómico se añadió otro posterior, de ámbito estatal, que controlaba el orden de acceso a los beneficios del *régimen especial* y, también, controlaba el tope del cupo previsto para cada convocatoria.

C) *La reforma del régimen de las energías renovables.*

Como acabamos de señalar las instalaciones de generación de energía eléctrica sujetas al régimen especial tenían reconocido en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a un régimen retributivo primado (bien mediante el cobro de una tarifa o a través de la percepción de una prima adicional al precio de mercado).

En concreto, dicho régimen primado se caracterizaba, como hemos señalado, por fijar determinados plazos temporales para la aplicación del mecanismo de retribución especial, pero, y de especial importancia, por el establecimiento de un principio de irretroactividad de cualquier disposición que revisara el régimen tarifario, de forma que dicha revisión, sólo resultara aplicable, conforme indicaba el párrafo segundo del artículo 44.3 del Real Decreto

661/2007 a las “instalaciones cuya acta de puesta en servicio se hubiera otorgado antes del 1 de enero del segundo año posterior al año en que se haya efectuado la revisión”.

Sin embargo, el citado régimen de irretroactividad para futuras revisiones del régimen especial no ha sido respetado. Y no lo ha sido pues al margen de las conclusiones que puedan extraerse sobre su legalidad y constitucionalidad, es un hecho objetivo que a partir del año 2010 el Gobierno español, bajo la justificación de su obligación de acabar con el déficit tarifario, aprobó, entre otras, diversas disposiciones que, directa o indirectamente, modificaron el mecanismo retributivo de las instalaciones sujetas al régimen especial, no sólo respecto a las futuras instalaciones sino igualmente respecto a las instalaciones existentes.

Dicha reforma no fue fruto de una decisión puntual, sino que se produjo de forma progresiva, que podemos dividir, a efectos expositivos, en tres fases.

C.1. Fase inicial: Las modificaciones en el régimen especial de las instalaciones fotovoltaicas.

La reforma inicial del régimen aplicable a las energías renovables se concretó en diversas normas adoptadas por el Gobierno a finales del año 2010 respecto a instalaciones acogidas al régimen especial regulado en el Real Decreto 661/2007. En particular, la reforma se concretó en el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regularon y modificaron determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial al eliminar la retribución reconocida conforme al Real Decreto 661/2007 a partir del año 26º de vida útil de la instalación, momento a partir del cual se percibiría el precio de mercado, si la instalación siguiera en funcionamiento⁶⁷⁸.

⁶⁷⁸ Un mes después se aprobó igualmente el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoelectrica y eólica, que limitó las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima equivalente respecto a dicha tecnología, impuso la obligación, durante al menos 12 meses, de venta a tarifa regulada para las instalaciones solares termoelectricas, e impuso la revisión del régimen económico de las instalaciones solares termoelectricas y de las eolicas sometidas al régimen especial.

Y en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecieron medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico, que amplió el derecho a percepción de tarifa regulada de 25 a 30 años; fijó las horas de funcionamiento con derecho a tarifa regulada desde su entrada en vigor y hasta el 1 de enero de 2014 y limitó las horas de funcionamiento con derecho a tarifa regulada en función de la zona en la que esté ubicada la instalación a partir de esta última fecha e impuso a todos los productores (incluidos los productores acogidos al régimen especial) la obligación de retribuir peajes de acceso por el vertido de energía a las redes de transporte y distribución.

C.2. Fase intermedia: introducción de un nuevo impuesto sobre generación y sucesivas modificaciones del régimen retributivo de las instalaciones acogidas al régimen especial

En una segunda fase del proceso, la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética creó el Impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley 15/2012, “*el impuesto sobre el valor de la producción de la energía eléctrica es un tributo de carácter directo y naturaleza real que grava la realización de actividades de producción e incorporación al sistema eléctrico de energía eléctrica, medida en barras de central a través de cada una de las instalaciones que genera electricidad*” tal y como se definía en el Título IV de la Ley 54/1997, de Sector Eléctrico. En otras palabras, cualquier instalación de generación eléctrica, incluyendo tanto las sujetas al régimen ordinario como al régimen especial.

En consecuencia, tras la entrada en vigor del impuesto sobre el valor de la producción eléctrica a partir del 1 de enero de 2013, todos los ingresos que los titulares de instalaciones eléctricas tengan derecho a percibir como consecuencia del suministro de electricidad será gravado con un nuevo impuesto al tipo del 7%, con independencia de la tecnología empleada y el régimen (especial y ordinario) aplicable a la instalación.

A su vez, el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, continuando con alguna de las medidas adoptadas durante el 2012 tuvo igualmente por objeto reducir (o más correctamente, evitar su

incremento) el déficit tarifario, para lo cual, al margen de otros cambios puntuales en determinadas tecnologías, sustituyó el Índice de Precios al Consumo (IPC) general por el IPC a impuestos constantes sin alimentos no elaborados ni productos energéticos para la actualización de la retribución de aquellas tecnologías referenciada a dicho índice; eliminó las primas y los límites superior e inferior para todas las tecnologías del régimen especial en las que dichos conceptos no fueran igual a cero; y eliminó la posibilidad de opción por el régimen retributivo a tarifa o a mercado establecida en el artículo 24.4 del Real Decreto 661/2007.

C.3. Fase final: establecimiento de un nuevo régimen retributivo

Finalmente, el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, culminó el proceso de reforma, buscando, en palabras de la propia norma, lograr la estabilidad financiera del sector, reduciendo sus costes y tratando de garantizar el suministro al menor coste posible para el consumidor, para lo cual dicha reforma se sustentó sobre tres conceptos claves, *“empresa eficiente y bien gestionada”*, *“rentabilidad razonable”* y *“estabilidad financiera”*.

En consecuencia, con el nuevo sistema desapareció el sistema de tarifas y primas, y se implanta un sistema de retribución basada en la participación en el mercado, en el que sólo se abonará una retribución adicional que, en caso de resultar necesario, cubra aquellos costes de inversión que una empresa eficiente y bien gestionada no recupere en el mercado. Para el cálculo de la retribución a una instalación específica se considerará para una instalación tipo, los ingresos por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, los costes de explotación medios necesarios para realizar la actividad y el valor de la inversión inicial de la instalación tipo, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada. De esta manera se instaura un régimen retributivo sobre parámetros estándar en función de las distintas instalaciones tipo que se establezcan.

Estas instalaciones recibirán un complemento por sus costes de inversión basado en estándares por tecnologías garantizando una rentabilidad razonable basada en las Obligaciones del Estado a diez años aplicando el diferencial adecuado.

Los criterios que marcaron los hitos fundamentales en la reforma del régimen de energías renovables recogidas en el Real Decreto-ley 9/2013 se confirman en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en las normas reglamentarias que la desarrollan, el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos y la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos es la última pieza que completa el nuevo régimen de retribución de estas instalaciones.

En definitiva, con la nueva reforma, las instalaciones sujetas a este especial régimen retributivo que venían percibiendo una tarifa o una prima prefijadas, van a percibir durante su vida útil regulatoria, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía valorada al precio del mercado, una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada, que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía en el mercado (retribución a la inversión) y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo (retribución a la operación).

Una vez que las instalaciones superen la vida útil regulatoria de la instalación tipo dejarán de percibir la retribución a la inversión y la retribución a la operación, pudiendo mantenerse en operación percibiendo exclusivamente la retribución obtenida por la venta de energía en el mercado.

Como veremos a continuación, el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado de manera concluyente sobre el alcance jurídico de lo que hemos llamado fase inicial de la reforma. No existen pronunciamientos ni sobre la fase intermedia ni sobre la fase final. Es cierto que existen aspectos de estas dos últimas fases que podrían cambiar el alcance de la doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal. Pero también es cierto que existen bases para considerar que dicha jurisprudencia puede mantenerse incluso ante una reforma, como la que se ha producido en último lugar, que ha modificado con evidentes efectos retroactivos el régimen

especial, en la medida que no sólo establece un sistema retributivo diferente para las instalaciones existentes respecto a la remuneración a percibir en ejercicios futuros sino que tiene también en cuenta para determinar la rentabilidad razonable los ingresos que las instalaciones percibieron en ejercicios pasados⁶⁷⁹.

Lo que nos exige analizar, si quiera brevemente los principios generales que pudieran resultar aplicables a este proceso de reforma.

D) Principios constitucionales que han podido verse afectados por la reforma del régimen especial de las energías renovables.

Como hemos podido comprobar el resultado de las sucesivas reformas operadas en el régimen de las instalaciones de régimen especial ha supuesto un cambio radical en el sistema retributivo aplicable a dichas instalaciones, con un evidente efecto retroactivo, dado que, como indicábamos, el nuevo modelo resultará de aplicación no sólo a las instalaciones que se pongan en funcionamiento a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación, sino igualmente a las instalaciones existentes, es decir a las instalaciones ya en funcionamiento.

La aplicación retroactiva de una norma jurídica suscita de forma inmediata el análisis de la posible vulneración de determinados principios generales, en particular, el principio de seguridad jurídica y el de confianza legítima.

D.1. El principio de seguridad jurídica

El principio de seguridad jurídica, reconocido expresamente en el artículo 9.3 de la Constitución, ha sido objeto de análisis por el Tribunal Constitucional en diversas

⁶⁷⁹ Curiosamente la aplicación retroactiva del mecanismo de cálculo de la rentabilidad razonable no se ha utilizado en las modificaciones retributivas de aquellas infraestructuras que formando parte de actividades reguladas (transporte y distribución) han estado siempre sujetas a la posibilidad de un mecanismo revisorio. Llama la atención este aspecto en la medida que los fundamentos jurisprudenciales de la aplicación del principio de rentabilidad razonable, que luego analizaremos, se inspiran en la jurisprudencia aplicable a las “tarifas”, de servicios públicos, en su momento, de actividades reguladas, en la actividad. La generación de energía eléctrica régimen especial nunca ha sido un servicio público ni una actividad regulada. Aspecto, éste, no suficientemente analizado por el Tribunal Supremo y que pone de manifiesto la falta de un adecuado análisis, tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, de la naturaleza de los ingresos percibidos por las instalaciones de generación de régimen especial.

sentencias. En concreto, y como muestra representativa de otras muchas, la Sentencia 126/1987, de 16 de julio, asumiendo el esquema propio de la jurisprudencia constitucional alemana, afirmó:

“En cuanto al principio de seguridad jurídica también aducido, ha venido ciertamente configurándose, a partir de la Sentencia número 26 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de 19 de diciembre de 1961, una línea argumental que, partiendo de la idea del Estado de Derecho y del principios que lo informan, considera que las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos.

Ahora bien, el principio de seguridad jurídica no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso. La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad entrañaría consecuencias contrarias a la concepción que fluye del artículo 9.2 de la Constitución, como ha puesto de manifiesto este Tribunal, entre otras, en sus Sentencias 27/1981 y 6/1983.

Por ello, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Norma fundamental, no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen fiscal.

En este contexto, el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurran en cada caso, se convierte en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucional. Y a estos efectos resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretender anudar efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto, -retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y

solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo -retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso entiendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso. Es de destacar que esta ponderación ha llevado al Tribunal alemán, desde su Sentencia número 27, de 19 de diciembre de 1961, a considerar, en principio, constitucionalmente legítimas las normas fiscales retroactivas cuando la ley pretende tener aplicación en el periodo impositivo dentro del cual entra en vigor...”.

Y concluye el Tribunal Constitucional:

“..... la aplicación retroactiva de la modificación introducida por la Ley 50/1998 ha afectado a la confianza de las sociedades destinatarias de la norma, que habían ajustado su conducta durante el año 1998 a la legislación vigente en dicho momento, en virtud de la cual quedarán eximidas de cotizar a la Seguridad Social por sus administradores retribuidos, sin que tal modificación resultara razonablemente previsible, lesionando, así, el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE). De acuerdo con nuestro canon de enjuiciamiento, quedará únicamente por analizar la eventual concurrencia de exigencias cualificadas del bien común susceptibles de prevalecer, excepcionalmente, sobre el principio de seguridad jurídica.”

En consecuencia, y sin perjuicio de las lógicas matizaciones, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre los grados de retroactividad y las circunstancias específicas que concurren en cada supuesto, de tal modo que la retroactividad auténtica⁶⁸⁰,

⁶⁸⁰ La doctrina civilista y el Tribunal Supremo han clasificado en ocasiones los grados de retroactividad, distinguiendo entre retroactividad de grado máximo, medio y mínimo. La de grado máximo se aplicaría respecto a todos los efectos de una situación creada al amparo de la ley anterior, estén consumados o no. La de grado mínimo, a todos los efectos nacidos con anterioridad, pero aún no consumados. Y la de grado mínimo sólo respecto a los efectos que surjan en el futuro, aunque la situación haya surgido conforme a la anterior norma. La retroactividad impropia a la que alude el Tribunal Constitucional englobaría tanto los supuestos de retroactividad de grado medio y mínimo.

aquella que afectaría a situaciones de hecho ya producidas, estaría, en principio, vedada al legislador, mientras que la licitud o ilicitud de la retroactividad impropia, aquella que incide sobre situaciones actuales aún no concluidas, dependería de una ponderación de bienes a llevar a cabo caso por caso.

De la propia lectura de la Sentencia transcritas, o de otras posteriores en el mismo sentido del Tribunal Constitucional⁶⁸¹, se deduce algunas de las circunstancias que podrían conducir a una legítima modificación del ordenamiento jurídico con carácter retroactivo, como por ejemplo, la finalidad de la medida, las circunstancias relativas al grado de previsibilidad de la misma, su importancia cuantitativa y otras de carácter similar.

D.2. El principio de confianza legítima.

Vinculado al principio de seguridad jurídica, la jurisprudencia nacional ha tenido también la oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones sobre la aplicación del principio de protección de la confianza legítima, reconocido a nivel legislativo en el artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, en particular, en el marco del ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración.

En general, el principio de confianza legítima podría considerarse una manifestación del principio de seguridad jurídica, recibido en nuestro país por influencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, y vinculado con el principio de buena fe cuando éste es aplicado a las relaciones mantenidas por el Estado con sus ciudadanos. De hecho, fue la STJCE de 13 de julio de 1963, la que utilizó, por primera vez el concepto de confianza legítima, pues si bien rechaza el recurso, reconoce la existencia de dicho principio, que se produce cuando la Administración Pública, mediante actos propios, ha determinado la conducta de terceras personas destinatarias de dicha actuación produciéndoles unos perjuicios como consecuencia de la misma.

⁶⁸¹ Sentencias del Tribunal Constitucional 197/1992 y 173/1996, entre otras.

Con posterioridad a dicha sentencia, cabe destacar, igualmente, la STJCE de 5 de junio de 1973, por ser la que admite, por primera vez, que el principio de confianza legítima había sido vulnerado al entender que la Administración incurre en una irregularidad por no cumplir sus promesas formales⁶⁸². Con posterioridad, el TJCE ha llegado a diferenciar dicho principio de otros, como el de no retroactividad, al confirmar, por ejemplo en la STJCE de 25 de enero de 1979, la existencia de una situación de confianza protegible aun cuando no se haya producido un atentado explícito del principio de irretroactividad.

Reconocido el principio de confianza legítima, la evolución posterior de su jurisprudencia ha ido poco a poco decantando su ámbito de actuación, pero con una actitud de gran prudencia, aceptando sólo en escasos y manifiestos supuestos la prevalencia del principio de confianza legítima. Esta actitud prudente del TJCE ha sido la pauta que ha utilizado nuestro Tribunal Supremo al analizar en determinadas ocasiones la aplicación del principio de confianza legítima en España, en particular al juzgar los límites que tiene el poder ejecutivo respecto a su capacidad de modificar la normativa vigente introduciendo cambios en perjuicio de la posición jurídica de los administrados.

Representativa de este criterio de aplicación por parte del Tribunal Supremo del principio de confianza legítima, podemos citar, en particular, la STS de 11 de junio de 1996 que expresamente señala:

“Ni la falta de experiencia en la aplicación de un anterior Real Decreto, ni los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, invocados por los actores, pueden impedir a la Administración el derogarlo y dejarlo sin efecto, cuando así lo considera adecuado a los intereses generales y a una más fiel regulación de éstos; pues, como señala la jurisprudencia de esta Sala, citada por el Abogado del Estado (Sentencias de 23 de mayo 1985 y 22 octubre 1987), no existe principio de derecho,

⁶⁸² Para un análisis de la evolución jurisprudencial, en particular en la Unión Europea, del concepto de confianza legítima, resulta recomendable el artículo de Javier E. Quesada Lumbreras, “Tres décadas de protección jurisdiccional de la confianza legítima: balance y perspectivas”, publicado en Civitas, Revista española de derecho administrativo, número 146, abril-junio 2010, páginas 417 a 467. En dicho artículo el autor reconoce que el principio de protección de confianza legítima ha sido aceptado en el ámbito comunitario sin gran dificultad, a diferencia de su problemática aceptación en los Estados miembros, donde su reconocimiento se ha hecho, en ocasiones, con cierta confusión respecto al principio de seguridad jurídica, de la irretroactividad o del de los derechos adquiridos.

ni precepto legal alguno que obligue a la Administración a mantener a perpetuidad todos los reglamentos aprobados, y afirmar lo contrario es tanto como consagrar la congelación definitiva de las normas sin posibilidad alguna de modificación, lo cual es evidentemente insostenible por privar al ordenamiento jurídico de su esencial condición dinámica y la oportunidad y acierto de una disposición general es materia que incumbe apreciar a los órganos administrativos dentro de un margen de discrecionalidad que esta jurisdicción debe respetar”.

Para continuar señalando nuestro más Alto Tribunal indicando:

“... alude la demanda a que “los actores, todos ellos, se inscribieron para acceder al ejercicio público y privado de la misma en las condiciones legales y reglamentarias establecidas en aquel momento”, y en relación con esta premisa invoca el principio, de construcción europea, de la protección de la confianza legítima. Principio, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficiente para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general”.

En definitiva, si bien el principio de confianza legítima es ya reconocido plenamente como un principio susceptible de ser invocado al juzgar la posible inconstitucionalidad o ilegalidad de una determinada modificación del marco jurídico preexistente, en la medida que la nueva norma resulte contraria a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en el régimen preexistente, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones, la aplicación del citado principio está siendo aplicado con gran prudencia tanto por parte del TJCE como por parte de nuestro más Alto Tribunal.

D.3. La aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima en relación con la reforma del régimen especial de las energías renovables.

Como consecuencia de la implementación de la reforma del régimen de las energías renovables, el Tribunal Supremo ya ha tenido la ocasión de valorar si los dos principios a los que acabamos de aludir, el de seguridad jurídica y el de confianza legítima, resultan o no aplicables. Este análisis, como hemos indicado previamente, ha sido, hasta el momento, limitado, en la medida que sólo existen pronunciamientos relativos a las disposiciones que han configurado lo que hemos denominado fase inicial de la reforma. Es, pues, pronto para determinar si tales principios pueden considerarse vulnerados o no por las posteriores fases de la misma, en particular por la fase final, que supone una auténtica supresión del régimen retributivo preexistente y su sustitución por uno nuevo.

En concreto, en sucesivas sentencias⁶⁸³, el TS ha declarado expresamente que las modificaciones normativas que suponen una reducción de la retribución a las instalaciones de producción de energía fotovoltaica (fase inicial de la reforma) no son contrarios al Derecho comunitario, ni a los tratados internacionales de los que España es parte, no vulneran el principio constitucional de seguridad jurídica y confianza legítima, no incurrir en irretroactividad prohibida, no constituyen arbitrariedad de los poderes públicos, no tienen carácter confiscatorio y no lesionan derechos adquiridos por los titulares de instalaciones fotovoltaicas.

⁶⁸³ Entre otras las STS de 12 de abril de 2012, de 18 de junio de 2012, de 31 de octubre de 2012, de 16 de noviembre de 2012, de 21 de noviembre de 2012, de 19 de diciembre de 2012, de 25 de junio de 2013, de 26 de junio de 2013, de 28 de junio de 2013, de 1 de julio de 2013, de 2 de julio de 2013, de 9 de julio de 2013, de 12 de septiembre de 2013, 13 de enero de 2014.

En particular, el Tribunal Supremo⁶⁸⁴ niega que los recurrentes ostenten un derecho a mantener la retribución primada con cargo al sistema eléctrico y declara que las modificaciones que suponen una reducción de sus cuentas de resultados vulneren el principio de seguridad jurídica y confianza legítima si pueden calificarse de previsibles en función de circunstancias no contempladas expresamente por el regulador pero sí conocidas por el sector en su conjunto, resultan razonables dadas las circunstancias de la economía en general y del sector eléctrico en particular (consecución de objetivos de potencia instalada, desbordamiento del déficit tarifario que amenaza la sostenibilidad del sector) y resultaban, - o debían resultar-, previsibles para un inversor informado o debidamente asesorado. Igualmente señala el Alto Tribunal que el principio de estabilidad de las inversiones no equivale a la petrificación del marco regulador ante cambios relevantes de circunstancias, siempre que las nuevas medidas no resulten exorbitantes o discriminatorias, consideradas no de forma aislada sino en el contexto del marco regulador aplicable ni cabe impedir una restricción sobrevenida de las condiciones retributivas iniciales, siempre que quede garantizada la retribución razonable de las inversiones efectuadas.

Las propias palabras del Tribunal Supremo son especialmente reveladoras del alcance de la doctrina que nuestra más alta magistratura, a partir de las STS de 12 de abril de 2012, ha venido reiterando respecto al a fase inicial de la reforma. En concreto, señala el Tribunal Supremo:

“El valor de la "seguridad jurídica" no es oponible sin más a una modificación reglamentaria como argumento supuestamente invalidante de ésta, por más que desde otras perspectivas (también desde la muy frecuentemente invocada, del favorecimiento de las inversiones) sea deseable una cierta estabilidad de los marcos reguladores de las actividades económicas. La seguridad jurídica no resulta incompatible con los cambios normativos desde la perspectiva de la validez de estos

⁶⁸⁴ Una descripción muy completa y sistemática de los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia sobre las modificaciones del régimen especial se encuentra en la Nota sobre Gestión del Conocimiento del Despacho Gómez-Acebo & Pombo Abogados, titulado “Guía del inversor inteligente o bien asesorado a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo que confirma los recortes a las retribuciones de las instalaciones fotovoltaicas”, elaborado por la profesora de la Universidad de Castilla La Mancha, Ana Isabel Mendoza Losana.

últimos, único factor sobre el que nos corresponde decidir en derecho. La concepción de la seguridad jurídica (o del artículo 9.3 de la Constitución) como freno a las modificaciones normativas es particularmente inapropiada en un sector como el de las energías renovables que, precisamente por su novedad, requiere de ajustes sucesivos, en paralelo no sólo a las evoluciones de las circunstancias económicas generales, sino en atención a las propias características de la actividad. La evolución de la "curva de aprendizaje" y la progresiva "madurez" del sector fotovoltaico, como presupuestos que revelan una cierta indefinición inicial, han de tener una respuesta "paralela" en el tiempo de los poderes públicos, cuyas medidas iniciales podrán ser revisadas y modificadas al mismo ritmo de la evolución de aquél. La seguridad jurídica protege relaciones de este orden bajo el principio *rebus sic stantibus* pero, insistimos, no puede contraponerse como argumento invalidatorio frente a cambios relevantes en la base de las situaciones subyacentes, como en este caso ha ocurrido a la vista de la evolución de los acontecimientos desde el inicial Real Decreto 661/2007 hasta el Real Decreto 1565/2010 (y sus modificaciones inmediatas) que es objeto del presente litigio. Incluso los perfeccionamientos técnicos (y económicos) pueden influir en la revisión de las decisiones iniciales. Por referirnos tan sólo a uno de los factores relevantes, una tarifa regulada que se calcula en el año 2007 sobre la base de que buena parte de las instalaciones fotovoltaicas tienen una determinada ratio de producción (derivada de una configuración técnica sin seguimiento solar) y, en consecuencia, un vertido al sistema de cierto número de kilovatios, podrá ser atemperada ulteriormente por el titular de la potestad reglamentaria (o tarifaria) si la muy rápida evolución de la tecnología fotovoltaica propicia, en los años siguientes, la implantación -o el cambio de los ya instalados- de sistemas con seguimiento solar a uno o a dos ejes, cuya consecuencia práctica inmediata es que aumenta en porcentajes muy significativos el número de horas de aprovechamiento de radiación solar y, por lo tanto, la producción vertida a la red cuyo exceso de coste es asumido por el conjunto de consumidores de electricidad. Es lógico que ante esta -o cualquier otra- modificación tecnológica o ante cambios significativos del panorama económico con consecuencias inmediatas para el equilibrio del sistema, se revisen los parámetros iniciales determinantes, en magnitudes o en tiempo de disfrute, del cálculo de la tarifa regulada, y no puede oponerse a ello meramente el

valor de la "seguridad jurídica". El Gobierno que fija inicialmente los estímulos o incentivos con cargo a toda la sociedad (pues son en definitiva los consumidores quienes los satisfacen) puede posteriormente, ante las nuevas circunstancias, establecer ajustes o correcciones de modo que la asunción pública de los costes se atempere hasta niveles que, respetando unos mínimos de rentabilidad para las inversiones ya hechas, moderen las retribuciones "finales".

Para concluir:

“Pues, a menudo, un entendimiento excesivamente rígido del principio de seguridad jurídica o una comprensión muy expansiva del principio de irretroactividad pudiera llevar a pensar que las consecuencias de tales ajustes deben recaer exclusivamente en las nuevas instalaciones frente a las ya establecidas y autorizadas, creando así situaciones con diferencias entre las instalaciones (en concreto, en las primas y tarifas a las que tienen derecho) que no siempre son fácilmente justificables”.

Ahora bien, aun cuando las palabras del Tribunal Supremo puedan parecer concluyentes incluso respecto a las fases sucesivas de la reforma, no debemos olvidar que en gran medida la reforma objeto que ha sido objeto de análisis hasta este momento se limitaba en la mayoría de las ocasiones a la modificación de un régimen retributivo a aplicar dentro de 30 años, como se deduce de la siguiente reflexión de nuestro más Alto Tribunal:

“Sin necesidad de hacer en este momento un resumen o compendio de la doctrina jurisprudencial recaída en interpretación de los preceptos antes citados, ni ceder a la tentación de transcribir innumerables fragmentos de sentencias al uso, baste decir que, conforme a aquélla, no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado (no obligan a revisar ni remueven los hechos pretéritos, no alteran la realidad ya consumada en el tiempo, no anulan los efectos jurídicos agotados), despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso. A partir de esta premisa, una medida normativa como la impugnada en el presente litigio, cuya eficacia se proyecta no "hacia atrás" en el tiempo sino "hacia adelante", a partir de su aprobación, no entra

en el ámbito de la retroactividad prohibida. La proyección hacia el futuro es particularmente destacable en este caso con sólo advertir que los efectos "reales" de la medida se producirán dentro de treinta años, momento hasta el cual se mantiene para los titulares de las instalaciones fotovoltaicas la tarifa regulada según sus términos originarios. Calificar de retroactivo en el tiempo algo que, aprobado hoy, no tendrá plena eficacia hasta dentro de treinta años es un ejemplo de uso inadecuado de aquel adjetivo. La retroactividad se produciría si la nueva norma obligase a los titulares de las instalaciones fotovoltaicas a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores, pero no cuando se limita a disponer que el cobro de éstas cesará dentro de treinta años. En rigor, ni siquiera podría calificarse de medida retroactiva y mucho menos si utilizamos este concepto jurídico en su acepción "propia".

Sin embargo, la reforma final no se limita a proyectar su eficacia respecto al futuro, en la medida que el cálculo de la rentabilidad razonable como pauta de determinar el régimen de retribuciones en años sucesivos, va a tener en cuenta, en el nuevo modelo, los ingresos obtenidos desde la puesta en funcionamiento de la instalación. En consecuencia, si bien el legislador no obliga a devolver el importe de las tarifas ya percibidas en ejercicios anteriores a la entrada en vigor de la nueva normativa, descuenta de los flujos futuros el importe de dichas tarifas, lo que económicamente tiene el mismo efecto. Podríamos, por tanto, concluir, que si bien las palabras del Tribunal Supremo han sido precisas respecto a que no resulta contrario a los principios de seguridad y confianza legítima la modificación del régimen retributivo de las instalaciones acogidas al régimen especial, el control de la constitucionalidad de la fase final de la reforma sigue, probablemente, todavía abierto⁶⁸⁵.

⁶⁸⁵ Dos visiones contrarias al impacto constitucional de la reforma del régimen especial de las energías renovables pueden encontrarse en los artículos sobre “Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos”, de Eduardo Soler Tapa, en Diario La Ley, número 7259, a favor de la constitucionalidad de la misma, y en “Riesgo regulatorio y Energías Renovables”, de Félix Plasencia, en la obra colectiva, “Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014”, Editorial Civitas.

E) La posible vulneración con la reforma del régimen especial de los principios que inspiran la Carta de la Energía.

La reforma del régimen especial llevada a cabo por el Gobierno español no sólo puede haber afectado a principios constitucionales, sino que también puede que haya vulnerado otros principios garantizados por Tratados Internacionales, como la Carta Europea de la Energía analizada en apartados previos. En concreto dicha vulneración puede haberse producido si se considera como un ejemplo de expropiación indirecta o también es posible entender que dicha reforma no ha supuesto un trato justo y equitativo para el inversor internacional.

E.1. La aplicación de la doctrina de la expropiación indirecta.

Si bien la jurisprudencia arbitral de inversiones ha analizado en reiteradas ocasiones la figura de la expropiación indirecta⁶⁸⁶, sólo existe un supuesto en el que, bajo la Carta de la Energía, se ha analizado la aplicación del concepto de expropiación indirecta, el caso “*Nykomb*”⁶⁸⁷, que cobra especial importancia, dado que la citada Carta no establece expresamente las notas que constituyen una expropiación indirecta.

En el caso *Nykomb*, el Tribunal Arbitral sólo analizó el efecto en la propiedad y en la gestión y administración de la propiedad para determinar que no hubo expropiación indirecta. En este supuesto, los inversores no sufrieron ninguna sustracción física o pérdida del control de su propiedad, sino que su perjuicio derivó de la pérdida de beneficios económicos. Ahora bien, el Tribunal Arbitral ignoró la práctica desarrollada internacionalmente de utilizar los impactos económicos sobre el inversor, o bien mediante la doctrina del único efecto o la de efectos mixtos, a la hora de decidir si se ha producido una expropiación indirecta. Sin una explicación convincente, el Tribunal optó por no utilizar ninguno de estos métodos a la hora de decidir sobre el control de los intereses de la

⁶⁸⁶ En particular, en el caso de *Tippets vs TAMS-AFFA Consulting En’rs of Iran*, y en el de *Starrett Hous.Corp. vs Islamic Republic of Iran*.

⁶⁸⁷ *Nydomb Synergetic Tc. Holding AB vs República de Latvia*. Caso número 118/2001, en la Cámara de Comercio de Estocolmo.

propiedad. En su lugar, eligió un enfoque demasiado limitado, rechazando la demanda ante la ausencia de una acción gubernamental que implicara la toma de control de los bienes del inversor, dejando al lado los efectos económicos de las acciones gubernamentales.

Si bien es posible que en futuras decisiones los Tribunales Arbitrales al amparo de la Carta de la Energía puedan alinearse más estrechamente con las tendencias generalizadas en la jurisprudencia internacional que admite de forma más generalizada la aplicación, al amparo del artículo 10 de la Carta, del concepto de expropiación indirecta, es mucho más probable que las demandas contra el Reino de España se formulen al amparo del artículo 10 (trato justo y equitativo), que analizaremos en el siguiente apartado.

E.2. La no existencia de un trato justo y equitativo al amparo del artículo 10 de la Carta de la Energía

El artículo 10 de la Carta de la Energía obliga a los países a tratar las inversiones de los extranjeros demandantes de forma justa y equitativa. Como el término trato justo y equitativo (“*fear and equitable treatment*”) no está definido en la Carta Europa, debe ser interpretado de acuerdo a la buena fe y de conformidad con el significado ordinario y normal que ha de darse según su contexto y a la luz del objeto y propósito del citado Tratado.

El principio de un trato justo y equitativo ha adquirido importancia en el arbitraje de inversiones como consecuencia del hecho de que otros principios tradicionalmente previstos en el derecho internacional pueden no ser apropiados en las circunstancias de cada caso. Esto sucede particularmente cuando los hechos sobre la disputa no permiten apoyar de forma concluyente la alegación de la expropiación directa o indirecta, pero, sin embargo, existen circunstancias que permiten ser apreciadas bajo un principio diferente con la finalidad de proporcionar la adecuada reparación cuando los derechos del inversor han sido violados.

Resulta evidente que debido a que el papel del trato justo y equitativo cambia caso por caso, a veces no es tan preciso como sería deseable. Aun así, permite ser utilizado en ausencia de mayores rupturas de los principios tradicionales del derecho internacional.

Como resultado de todo ello, el concepto de trato justo y equitativo se ha consolidado como un principio en sí mismo, distinto y separado de otros principios, aunque en muchas ocasiones relacionado, y por tanto asegurando que la protección a la inversión esté plenamente garantizada.

En base a estas consideraciones, los Tribunales Arbitrales en materia de arbitraje de inversiones han aplicado el principio del trato justo y equitativo para proteger derechos de los inversores afectados por una acción estatal inconsistente, una modificación arbitraria del marco regulatorio, o cuando se producen interminables cambios normativos en detrimento de la actividad del inversor y la necesidad de asegurar un marco legal estable y predecible, o una violación de las expectativas legítimas, las cuales requieren un tratamiento que no menoscabe o limite las expectativas básicas sobre las cuales el inversor extranjero ha decidido realizar su inversión.

En un reciente Laudo de 19 de diciembre de 2013, dictado al amparo de la Carta de la Energía (*"Institute of SCC, Case 116/2010, Anatolie and Gabriel Stati, Ascom Group S.A., Terra Raf Trans Traiding Ltd v. Kazakhstan"*), el Tribunal Arbitral acepta la demanda por entender que la acción estatal no ha respetado la obligación de aplicar un trato justo y equitativo al inversor internacional. Los argumentos de los demandantes son relevantes de cuál es el alcance de este concepto y sus consecuencias.

En efecto, los demandantes manifiestan, tal y como el Laudo recoge en su antecedentes, que el Tribunal debe entrar a valorar la manera en que los estándares de trato justo y equitativo han sido interpretados y aplicados bajo el derecho internacional por los numerosos Tribunales internacionales de inversión que han analizado tal criterio en los últimos años, en la medida que hay una gran jurisprudencia arbitral extensa que ha ido concretando el significado de trato justo y equitativo, prohibiendo determinadas conductas del Estado receptor de las inversiones contrarias a dicho principio.

En concreto, según los demandantes, las conductas prohibidas como contrarias al trato justo y equitativo incluirían, entre otras:

- Actuaciones que vulneren las legítimas expectativas del inversor respecto de su inversión.
- Conductas que generen un marco legal y entorno empresarial impredecible e inestable.
- Conductas que vulneren las garantías procesales o que constituyan un impedimento para acceder a la justicia, entre las que se incluyen (pero no solo) incorrectos o indebidos procedimientos judiciales y administrativos.
- Interferencias en las relaciones contractuales.
- Actuaciones que traten al inversor o a la inversión de forma incongruente y ambigua o con falta de transparencia.
- No informar al inversor con la suficiente antelación de los actos impeditivos que puedan afectar a su inversión.
- Actuaciones discriminatorias.
- Conductas de acoso o coercitivas, y
- Conductas de mala fe.

Señalan los demandantes que la jurisprudencia relativa a inversiones, incluyendo el asunto de *Gestión de Residuos vs México*, confirma que la lista mencionada proporciona una visión muy precisa de lo que se consideran conductas prohibidas. En concreto, la decisión adoptada en el caso de *Tecmed vs México* muestra cuál es la línea que, sobre trato justo y equitativo, más frecuentemente siguen y aplican los Tribunales, incluyendo *CMS*, *Azurix*, *MTD*, *Occidental*, *LG&E*, *BG*, y *Suárez*.

Dicha línea jurisprudencial dice expresamente:

“El principio de trato justo y equitativo exige a las partes contratantes que den a las inversiones internacionales un trato que no afecte a las expectativas básicas que fueron tenidas en cuenta por el inversor extranjero a la hora de decidir invertir. Así, el inversor extranjero espera que el país receptor actúe de forma consistente, lejos de toda ambigüedad y completamente transparente en sus relaciones con él, de forma que pueda conocer de antemano todas y cada una de las normas que

regularán sus inversiones, así como los objetivos de las principales políticas, prácticas o directivas administrativas, para de esta forma poder planificar sus inversiones y cumplir con la ley. El inversor extranjero también espera que el país receptor actúe consistentemente, por ejemplo, sin revocar de forma arbitraria cualquier decisión o permiso que hubiera sido otorgado y sobre el que el inversor extranjero hubiera asumido sus compromisos y hubiera planificado y lanzado sus actividades comerciales. El inversor extranjero también espera que el Estado use los instrumentos legales que rigen las actuaciones del inversor y sus inversiones de conformidad con el uso habitual de esos instrumentos, y no para privar al inversor de su inversión sin la correspondiente indemnización”.

Adicionalmente, los demandantes confirman que no es necesario que se hayan agotado todos los recursos internos del país para poder aplicar el principio de trato justo y equitativo. En particular, el agotamiento de los recursos del país es un factor que ayuda a determinar si el trato del Estado fue o no justo, pero no es un pre-requisito. En cualquier caso, este requisito (incluso si existiera) no se aplicaría en aquellos casos en los que utilizar los recursos del país sea en vano.

F) Las reclamaciones contra el Reino de España al amparo de la Carta de la Energía como consecuencia de la reforma del régimen especial de las energías renovables.

La Carta de Energía otorga a los inversores internacionales tres opciones para las reglas y el foro para plantear un arbitraje al amparo de la Carta. Los inversores pueden elegir presentar su reclamación ante (i) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (“CIADI”), institución arbitral afiliada al Banco Mundial; (ii) un procedimiento *ad hoc* de arbitraje regulado por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), o (iii) el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC”).

Teniendo en cuenta dichas previsiones, diversos fondos de inversión institucionales y compañías energéticas internacionales ya han anunciado que presentarán y, en algunos casos ya han presentado, demandas de arbitraje internacional contra el Estado Español por razón de las sucesivas reformas operadas en el régimen especial de las energías renovables.

En tales arbitrajes, los demandantes están reclamando y reclamarán indemnizaciones en cuantías muy elevadas, como consecuencia de los recortes y modificaciones retroactivas que, a partir de diciembre de 2010, el Gobierno ha aprobado. Y se apoyaran en la aparente vulneración de los principios que proclama la Carta y que han sido descritos en epígrafes previos.

Cabe por último señalar que a efectos de analizar el alcance que pueden tener estos arbitrajes es importante tener en cuenta algunas consideraciones finales.

En primer lugar, resulta sorprendente que sea la segunda vez en la historia que la Carta de la Energía se invoca contra un país de Europa occidental, ya que, hasta ahora, la mayoría de las reclamaciones se habían dirigido contra los países que formaban el antiguo bloque comunista.

Igualmente cabe destacar que, aun cuando, como hemos podido analizar, ya existe una jurisprudencia que va paulatinamente consolidándose respecto al alcance de algunos principios, como el de trato justo y equitativo, resulta también evidente que el arbitraje relacionado con tratados de inversiones es un campo nuevo en el derecho internacional que solamente ha existido de manera sustancial durante apenas dos décadas.

En tercer lugar, en el arbitraje internacional, a diferencia de la jurisprudencia nacional y comunitaria, no existe la regla de *stare decisis*, incluso para cuestiones resueltas. Si bien los Tribunales Arbitrales en virtud de Tratados de Inversión están naturalmente influenciados por decisiones anteriores de tribunales similares, no existe una norma bajo el derecho internacional que requiera que las decisiones anteriores se les deban atribuir un significado o efecto vinculante. Por lo tanto, es posible guiarse por decisiones previas para poder evaluar los argumentos probables y su posibilidad de éxito, pero no es posible predecir con precisión como fallará un determinado Tribunal Arbitral.

Y, por último, también hay que tener en cuenta que los Tribunales en virtud de Tratados de Inversión, como la Carta de la Energía, habitualmente se componen de tres letrados internacionales que provienen de distintas culturas jurídicas. Los antecedentes individuales, diferencias culturales y relaciones de trabajo entre los tres miembros de un

tribunal arbitral pueden también afectar de forma intensa cualquier cuestión a resolver en el futuro.

12.3. La problemática del déficit tarifario.

En los últimos años de vigencia de la Ley 54/1997 ha tenido lugar otro importante desfase en el modelo económico-financiero del sector eléctrico instaurado por la mencionada disposición legal. Dicho desfase económico, de una extraordinaria importancia cuantitativa, se ha denominado “*déficit tarifario*”.

El déficit tarifario se ha convertido en España en uno de los aspectos claves del sistema eléctrico. La sucesiva acumulación, en particular en los últimos años, de enormes desajustes entre el coste de la producción de energía eléctrica suministrada a tarifa y los ingresos percibidos de los usuarios que no han acudido al mercado liberalizado, ha supuesto una enorme carga económica sobre el sistema eléctrico que difícilmente puede seguir imputándose sobre las espaldas de las generaciones futuras, más aún cuando las previsiones de la evolución del precio de las materias primas energéticas no permite vislumbrar la posibilidad de un descenso en el coste de la producción eléctrica.

En efecto, tras la aprobación de la Ley 54/1997, se ha venido produciendo con cierta frecuencia, en particular a partir del año 2000, una situación de importantes consecuencias económicas para todo el sistema, derivada en gran medida de la coexistencia en un mismo ámbito sectorial de dos tipos de actividades, las que se rigen por los criterios de mercado y aquellas sujetas a una específica regulación administrativa.

Pues bien, en este contexto, cabe señalar que el déficit eléctrico se genera cuando los ingresos percibidos de los consumidores por el sistema eléctrico son insuficientes para absorber los costes del mismo. En definitiva el fenómeno del denominado déficit tarifario, se origina como consecuencia de que la cuantía de la retribución percibida por las actividades reguladas (suministro sujeto a tarifa y actividades de transporte y distribución) no es suficiente para cubrir los costes imputables a tales actividades, lo que origina que en determinados momentos el resultado de la liquidación de dicho ingresos tenga un resultado negativo. Lo que obliga al Gobierno, con el fin de financiar la aparición de dichos déficits

tarifarios, a reconocer legalmente un derecho de compensación del déficit tarifario, estructurado como instrumento financiero y pagadero a través de la inclusión en los peajes eléctricos aplicables a sus consumos futuros.

A) *Ausencia de una regulación legal del déficit de liquidación de la tarifa.*

La Ley 54/1997 no consideraba en su redacción inicial, ni incluso prevé la actualidad legislación, la posible existencia de un déficit en la liquidación de las tarifas, al basar su cálculo en el principio de suficiencia, y considerar como presupuesto básico que los ingresos percibidos por las empresas que llevan a cabo las actividades de suministro de energía eléctrica, deben permitir la retribución de todos los costes en que incurran⁶⁸⁸.

En efecto, la existencia de dos tipos de suministro eléctrico, el realizado en régimen de mercado a los clientes cualificados, y el realizado a la tarifa fijada por el Gobierno obliga a distinguir dos tipos de procedimientos de retribución de las actividades desarrolladas. En el supuesto de suministro de energía eléctrica a clientes cualificados, con los ingresos libremente fijados entre las partes deben cubrirse tanto los costes de generación, como los derivados de las actividades reguladas necesarias para dicho suministro (entre ellos los costes de transporte y distribución), así como los costes permanentes del sistema, en la proporción adecuada

Sin embargo, respecto al suministro a tarifa, la Ley 54/1997 establecía los siguientes principios:

- a) La tarifa eléctrica será cobrada por las empresas que realicen las actividades de distribución de la energía eléctrica mediante su venta a los consumidores, debiendo dar a las cantidades ingresadas la aplicación que corresponda⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ Apartado primero del artículo 15.1.

⁶⁸⁹ Artículo 19.1.

- b) Para la aplicación de dichos fondos, el Gobierno establecerá reglamentariamente el procedimiento de reparto entre quienes realicen las actividades incluidas en el sistema, atendiendo a la retribución que según la mencionada Ley les corresponda.

El desarrollo reglamentario de esta previsión legal se llevó a cabo mediante la aprobación del Real Decreto 2017/1997, de 26 de diciembre, por el que se organiza y regula el procedimiento de liquidación de los costes permanentes del Sistema y de los Costes de Diversificación y Seguridad de Abastecimiento, cuya redacción, hasta la modificación introducida por el Real Decreto-ley 5/2005, tampoco preveía la existencia de un déficit tarifario.

En concreto, en el apartado 8 del Anexo I del mencionado Real Decreto se señalaba que el importe a liquidar (Li) por cada empresa sujeta al procedimiento de liquidación (las definidas en el apartado 1, es decir las que realizan actividades de transporte o distribución) se determinada como la diferencia entre los ingresos liquidables (Ii), calculados a su vez mediante la suma de los ingresos por tarifas, por acometidas, enganches, verificaciones y alquileres y peajes o tarifas de acceso, menos los costes con destinos específicos; y los distintos costes por adquisición de energía (CPpi, CEi, CREi)

A su vez, como otra cara de la misma moneda, el mencionado importe a liquidar (Li) debía ser igual a la sumatoria de los costes de transición a la competencia (CTCs), de los costes de transporte (Tri) y los costes de distribución (Dri)

Como resultado de esta doble ecuación, en el apartado 9 del Anexo I se establecía en que consistía el denominado sistema de cálculo de los CTC's por diferencias, al señalar que, como criterio de resolución del sumatorio previsto en el apartado 8, la variable que se tiene que calcular en último lugar⁶⁹⁰ es la retribución fija por el citado concepto (CTC's) que se determina por la diferencia entre el importe a liquidar (Li) menos los costes liquidables de distribución (Dri) y transporte (Tri).

⁶⁹⁰ Dando lugar a lo que vulgarmente se denomina liquidación de la tarifa o liquidación del resultado de la retribución de las actividades reguladas.

En definitiva y como conclusión cabe señalar que:

- Que en virtud de principio de suficiencia tarifaria, ni en la Ley 54/1997 ni inicialmente en el Real Decreto 2017/1997 se tenía en cuenta la posibilidad que el resultado de la liquidación de los ingresos de las actividades reguladas fuera negativo
- Que, en virtud de lo previsto en el Real Decreto 2017/1997 el resultado de la liquidación de los ingresos de las actividades reguladas se hacía coincidir con una variable dependiente y que actuaba como cierre de todo el sistema, la retribución fija por el concepto de CTC's.

B) Primera regulación del déficit de la liquidación de la tarifa: El déficit de ingresos como un CTC negativo.

En el año 2000 la liquidación de la tarifa realizada según la previsión reglamentaria (diferencia entre el importe a liquidar y los costes liquidables de distribución y transporte) fue negativa. Para paliar dicha situación, la Dirección General de la Energía, por Resolución de fecha 28 de marzo de 2000, reguló con carácter provisional cuál debía ser el mecanismo de repercusión de dicho déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas.

Con posterioridad la Orden del Ministerio de Economía de 5 de diciembre de 2000, dictada en desarrollo del Real Decreto 2017/1997, cuyo régimen en esencia se mantiene en la Orden ECO/1588/2002, de 12 de junio que la deroga, estableció con carácter general el procedimiento a utilizar en el caso de la existencia de un déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas, según los siguientes criterios:

- a) Las empresas a las que se les imputaba el déficit serían las que figuran en el Anexo III del Real Decreto 2017/1997, es decir las titulares de CTC's
- b) La imputación del déficit se debía llevar a cabo mediante una fórmula cuyo resultado era el establecimiento como criterio de reparto de un porcentaje de

imputación, que era mayor para las empresas cuyo grado de recuperación de los CTC's hubiera sido superior al grado de recuperación global del sector.

- c) A efectos del cálculo anterior entre los CTC's recuperados se incluían también los percibidos como consecuencia del exceso de precio de generación sobre el umbral previsto en el apartado 3 de la Disposición Transitoria sexta de la Ley 54/1997, para descontar el valor actual pendiente de cobro por el citado concepto, establecido en 0,3606 c€/kWh.

La citada Orden indicaba que las cantidades descontadas a cada empresa a los efectos de cubrir el déficit de ingresos de las actividades reguladas, serían tenidas en cuenta a la hora de calcular el saldo de los CTC's a 31 de diciembre de dicho año.

La Orden de 5 de diciembre de 2000 fue derogada por la Orden ECO/1588/2002, de 12 de junio, que básicamente mantiene el mismo mecanismo de imputación del déficit de ingresos, si bien incorporando a Viesgo Generación entre las empresas afectadas por el proceso de liquidación, como consecuencia del traspaso a dicha entidad a 31 de diciembre de 2000 de un saldo de 273.418 miles de euros correspondientes a los CTC's tecnológicos que pertenecían a Endesa, S.A.

Por tanto, las Órdenes ministeriales de 2000 y 2002 regulan lo que se ha venido a denominar los CTC's negativos, previsión coherente con el mecanismo de cierre establecido en el procedimiento de liquidación, en el cuál, como hemos visto, la determinación de la variable dependiente, que se hace coincidir con el saldo liquidatorio del sistema, es la retribución fija por los CTC's.

De lo que sólo cabía deducir que si dicho saldo fuera negativo, lo lógico era, tal y como establecían las Órdenes ministeriales aprobadas, reconocer expresamente a las empresas eléctricas afectadas un derecho de recuperación del saldo actual de los CTC', considerando la contribución al déficit tarifario como un supuesto de CTC negativo.

C) Reconocimiento de un derecho de recuperación del déficit imputado con cargo a los ingresos de la tarifa eléctrica.

Los efectos derivados de la regulación prevista en las Órdenes ministeriales mencionadas⁶⁹¹, supuso el reconocimiento de un derecho específico de recuperación o compensación del déficit tarifario a las empresas afectadas por su financiación, en términos del otorgamiento de CTC's negativos, en la medida que trajo consigo el otorgamiento de un derecho de crédito incierto en cuanto su materialización, que quedaba garantizado como consecuencia de la incorporación en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de un artículo 94 que encomendaba expresamente al Gobierno la elaboración de un Real Decreto que regulara la metodología para la determinación de la tarifa eléctrica media o de referencia, y que a estos efectos, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2010, incluyera como coste de la tarifa la anualidad correspondiente que permitiera recuperar linealmente el valor actual neto del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas generado entre el 1 de enero de 2000 y el 31 de diciembre de 2002.

En virtud de dicha habilitación legal, el Real Decreto 1432/2002, de 27 de diciembre, estableció en el apartado 9 de su artículo 4, que hasta el año 2010 inclusive se deberá incluir como coste en la tarifa, la cuantía correspondiente a la anualidad que resulte para recuperar linealmente el valor actual neto del desajuste de ingresos de las actividades reguladas anteriores a 2003⁶⁹².

La Disposición Adicional primera del Real Decreto 1432/2002 permitió, a su vez, la titulación de los derechos a la percepción del mencionado coste. Disposición que fue objeto de desarrollo por la Orden ECO/2714/2003, de 25 de septiembre.

⁶⁹¹ Mediante la consideración del déficit imputado como un mayor importe de los CTCs a recobrar .

⁶⁹² Dicho coste se distribuiría entre las empresas que han contribuido al desajuste de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas, de acuerdo con los porcentajes que figuran en el anexo de la citada norma reglamentaria.

A partir de dicho momento, los expedientes administrativos de cálculo de la tarifa⁶⁹³ incluyen específicamente dentro de los costes permanentes del sistema, el correspondiente a la cuantía de la repercusión en dicha tarifa del déficit de ingresos del período a que hemos hecho referencia.

D) La nueva regulación del déficit tarifario contenida en el artículo 24 del Real Decreto-Ley 5/2005.

Al margen de que el Real Decreto-ley 5/2005 autorizó a su vez al Gobierno para que pudiera realizar los cambios que estimara oportunos en el precepto aprobado⁶⁹⁴, las modificaciones introducidas en el citado texto legal se pueden agrupar en dos grandes bloques:

- a) el primer bloque, que incluiría los dos primeros párrafos, destinados a regular el reparto de la liquidación cuando sea positiva
- b) el segundo bloque, referido a los dos últimos párrafos, que tiene como finalidad regular el reparto de la liquidación cuando ésta sea negativa

Centrándonos específicamente en la segunda de las cuestiones citadas, del análisis de dicho precepto podemos deducir que el Real Decreto-ley 5/2005 introdujo como importante novedad la previsión de que cuando el saldo del fondo acumulado en la cuenta específica abierta en régimen de depósito fuera negativo, dicho saldo tendría que ser objeto de reparto entre determinadas empresas eléctricas, aplicando en las liquidaciones mensuales a practicar, los porcentajes establecidos en el propio texto normativo, con tres peculiaridades:

- c) Que dichos porcentajes, establecidos en una norma con rango de ley, se incorporan formalmente a un Anexo, en concreto el apartado 9 del Anexo I, de un Real Decreto.

⁶⁹³ Para los años 2003, 2004 y 2005.

⁶⁹⁴ Y al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a cambiar con el carácter de definitivos los porcentajes fijados en la norma legal, calificados como provisionales.

- d) Que se autoriza al Gobierno a modificar el contenido del artículo vigésimo cuarto, y por tanto a modificar dichos porcentajes.
- e) Que dichos porcentajes son provisionales, pudiendo el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, establecer los criterios de reparto definitivos.

Como parece obvio, estos dos nuevos párrafos del Anexo I.9 el Real Decreto 2017/1997 regulan la contribución obligatoria a la financiación del denominado “déficit de liquidación de la tarifa”, en el caso de que éste se produjera.

E) Relación de la nueva regulación con las disposiciones anteriores: Vigencia de la Orden ECO/1588/2002.

Desde un punto de vista formal, cabe deducir que la Orden ECO/1588/2002, de 12 de junio no fue formalmente derogada por Real Decreto-ley 5/2005, pues en su redacción final desapareció el último párrafo del proyecto en el que textualmente se indicaba: “Queda por lo tanto derogada la Orden ECO/1588/2002.....”

La eliminación del párrafo incorporado al proyecto inicial no significó que el contenido de dicha Orden estuviera íntegramente vigente, pues resultaba evidente que la misma dejaba de tener eficacia en todos los aspectos que sean incompatibles con la nueva regulación.

Pero *a sensu contrario*, la no derogación expresa de la mencionada Orden tuvo como consecuencia que, al no indicar nada diferente el nuevo texto legal, la misma seguía vigente en aquellas prescripciones de la misma que resultasen compatibles con la nueva normativa.

En concreto, los apartados primero, segundo y tercero de dicha Orden, que regularon los criterios para calcular el importe de la imputación del déficit, debían entenderse derogados, al ser sustituidos por los porcentajes provisionales recogidos en el Real Decreto-ley.

El problema se limitaba, pues, a determinar si se consideró o no vigente el apartado quinto de la Orden ministerial, según el cual las cantidades descontadas a cada empresa para cubrir el déficit deben ser tenidas en cuenta para calcular los CTC's pendientes de cobro.

En estos momentos, la respuesta debe ser afirmativa, por tres razones:

- El apartado quinto de la Orden de 12 de junio de 2002 se aplica a todos los déficits generados a partir del año 2000, siendo su regulación totalmente compatible con el contenido del Anexo I.9, que se limita a señalar los criterios de imputación, pero sin indicar cuales son los efectos jurídicos de dicho reparto.
- Como hemos indicado, el saldo negativo que se imputa sólo puede ser el correspondiente al fondo acumulado de la cuenta específica abierta en régimen de depósito a efectos del ingreso de la retribución fija de los costes de transición a la competencia. Tiene pues, sentido, considerar, como después veremos con más detalle, que si como resultado de la liquidación de los CTC's, se produce un saldo negativo, la imputación de éste implique aumentar el saldo pendiente de cobro de dichos costes.
- Como también hemos comentado con anterioridad, las empresas a las que se puede imputar el saldo negativo, según la nueva redacción del Anexo I.9, son únicamente las titulares de CTC's pendientes de recuperar (por ello figuran las cabeceras de los grupos eléctricos y no las empresas de distribución o generación, y no figuran las empresas que no tiene en la actualidad saldos de CTC's pendientes de cobro).

F) Naturaleza de la obligación de contribuir al déficit tarifario.

Analizado el contenido del origen de la regulación del déficit, parece conveniente a continuación, hacer una breve referencia a la discusión sobre la naturaleza jurídica del resultado del proceso de liquidación o financiación del déficit de tarifas.

Desde el punto de vista doctrinal, los autores que han analizado esta cuestión han indicado⁶⁹⁵ que las imputaciones del déficit de tarifa podrían clasificarse en alguna de las siguientes posibilidades:

- como un préstamo a cuenta
- como la devolución de los CTC's ya cobrados
- como la devolución de un porcentaje de los ingresos obtenidos en el mercado
- como una sanción encubierta a los generadores

Otros autores que también han estudiado esta cuestión⁶⁹⁶ han tratado de precisar, ante la ausencia de una regulación explícita de la materia, cuál sería el fundamento jurídico de la imputación de dicho déficit, llegando a la conclusión de que la misma sólo podría tener la consideración de:

- una modificación encubierta del precio fijado por los operadores en el mercado de generación eléctrica, reduciendo el importe de lo pactado entre las partes
- o, alternativamente, una devolución de los CTC's ya percibidos

En ambos supuestos, la conclusión a la que llegó la doctrina científica es que la regulación vigente hasta la entrada en vigor del Real Decreto-ley 5/2005, no se ajustaba a las previsiones de la Ley del Sector Eléctrico, por vulnerar los artículos 11 y 26.1 de la Ley 54/1997, en el primer caso, y el contenido de la Disposición Transitoria Sexta, en el segundo.

Sin embargo, sin perjuicio de compartir o no las conclusiones mencionadas, en nuestra opinión la referencia a la naturaleza jurídica del proceso de imputación del déficit tarifario

⁶⁹⁵ Juan Salmador Segura, "El precio de mercado en la retribución de la actividad de generación de energía eléctrica. Algunos supuestos y componentes ajenos al mercado que inciden en la retribución". La nueva regulación eléctrica. Obra Colectiva. Civitas, 2002.

⁶⁹⁶ Rafael Gómez-Ferrer Rincón. El déficit de ingresos en el sector eléctrico. REDA número 162, septiembre-diciembre año 2003.

no era la anteriormente mencionada. En efecto, la imputación a determinadas empresas del déficit de liquidación de la tarifa, no podía ser considerada:

- una sanción, pues ni formal ni materialmente su finalidad es reprimir conductas tipificadas como una infracción administrativa
- un préstamo, pues no se reconoce en virtud de la imputación del déficit tarifario un derecho de crédito equivalente a la cantidad objeto de financiación
- una modificación del precio fijado por las empresas generadoras en el mercado de electricidad, pues a todos los efectos jurídicos el precio sigue siendo el que se las partes convinieron a través de los mecanismos previstos en dicho mercado.
- una devolución de los CTC's percibidos, pues la imputación del déficit tiene un efecto económico inmediato, la cobertura financiera del déficit tarifario impuesta coactivamente a determinadas empresas.

En este sentido, la imputación al déficit de tarifas tuvo las siguientes notas definitorias:

a) Se configuró como una carga económica que se imponía a determinadas empresas. Dicha carga económica se imponía coactivamente, sin contar con la voluntad de las empresas, al llevarse a cabo la liquidación de la tarifa. Y servía al interés general, al tener como objetivo el mantenimiento del equilibrio económico de la parte regulada del sistema eléctrico, calificado como servicio esencial por la normativa vigente.

En consecuencia, la imputación forzosa a determinadas empresas de la obligación económica de contribuir a la cobertura del déficit de la liquidación tarifaria sólo podía calificarse jurídicamente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, como una prestación patrimonial de carácter público, en los términos indicados en el artículo 31.3 de la Constitución.

En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado⁶⁹⁷ que una interpretación sistemática de la Constitución, «lleva necesariamente a no considerar como sinónimas la expresión "tributos" del art. 133.1 CE y la más genérica de "**prestaciones patrimoniales de carácter público**" del art. 31.3 CE. De manera que si bien puede afirmarse que todo tributo es una «prestación patrimonial de carácter público», no todas estas prestaciones patrimoniales para cuyo establecimiento el art. 31.3 CE exige la intervención de una Ley, tienen naturaleza tributaria».

Partiendo de esta distinción, nuestro más Alto Tribunal llega a «la conclusión de que estamos ante una “prestación patrimonial de carácter público” cuando existe una imposición coactiva de la prestación patrimonial o, lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla. Siempre que, al mismo tiempo, como se desprende de la propia expresión constitucional (prestaciones “de carácter público”, dice el art. 31.3 CE), la prestación, con independencia de la condición pública o privada de quien la percibe, tenga una inequívoca finalidad de interés público».

Pues bien, en la medida que en el Real Decreto-ley 5/2005 estableció una prestación que el poder público impuso a determinadas empresas (asumir la carga del déficit tarifario) sin el concurso de la voluntad de éstos⁶⁹⁸, no cabía discusión alguna, teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional, para definir dicha prestación patrimonial como de carácter público.

Tal naturaleza también se deducía de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues en la sentencia de 21 de junio de 2001, dicho Tribunal consideró, *obiter dicta*, que la repercusión en la tarifa de la cuantía de los CTCs reconocidos podía llegar a calificarse como una prestación patrimonial de carácter público, razón por la cual, indirectamente, la

⁶⁹⁷ Sentencias 185/1995 y 182/1997.

⁶⁹⁸ Tal y como sucedía en la norma impugnada que posibilitó las sentencias del Tribunal Constitucional citadas en el cuerpo de la presente Nota, que imponían al empresario la obligación de asumir el pago de una parte de la prestación prevista en nuestro sistema de Seguridad Social en los casos de incapacidad laboral transitoria derivada de riesgos comunes, y que, como hemos indicado, fue calificada como una prestación patrimonial de carácter público.

imputación a las empresas del déficit tarifario no puede tener sino una naturaleza equivalente.

Como hemos indicado ni en la Ley 54/1997 ni en el Real Decreto 2017/1997, hasta su modificación por el Real Decreto Ley 5/2005, se preveía la posible existencia de un déficit en la liquidación de la tarifa.

Tampoco se preveía en el Real Decreto 1432/2002, pues una de las razones que se tuvieron en cuenta para establecer una metodología adecuada para la aprobación de la tarifa eléctrica media o de referencia fue precisamente garantizar la aplicación del principio de suficiencia económica de los ingresos que tienen por objeto retribuir las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica⁶⁹⁹.

Razón por la cual, en el informe 16/2002 de la Comisión Nacional de Energía sobre la propuesta de dicho Real Decreto, se indicaba textualmente que “Por otra parte, los principios fundamentales que deben regir cualquier propuesta de metodología de tarifas son los clásicos de objetividad, transparencia y no discriminación, unidos a los de suficiencia económica de los ingresos, coherencia entre los sistemas de tarifas integrales y de acceso, simplicidad, predictibilidad y eficiencia en la asignación de los costes entre los distintos suministros.”⁷⁰⁰

Pues bien, si como se deduce de la regulación que introdujo el Real Decreto-ley 5/2005, se admitió con carácter que el resultado de la liquidación de los ingresos de las actividades reguladas pudiera ser en algunos casos negativo, se estaba *de facto* expulsando de la normativa del sector eléctrico el principio de suficiencia de ingresos. Ante tal

⁶⁹⁹ El artículo 2 del RD 1432/2002 indica que la tarifa eléctrica media o de referencia se establecerá como relación entre los costes previstos necesarios para retribuir las actividades destinadas a realizar el suministro de energía eléctrica y la previsión, para el mismo período considerado, de la demanda en consumidor final determinada por el Ministerio de Economía.

⁷⁰⁰ A su vez, en el informe 12/2000 sobre la propuesta de Orden Ministerial por la que se establece la procedencia en la repercusión del déficit de ingresos en las liquidaciones de las actividades reguladas se señala “La Comisión considera que, una vez que se ha decidido financiar el déficit de las actividades reguladas, esta forma de financiación resulta la más adecuada, con independencia de que el conjunto de la regulación debería garantizar que no se produjesen déficits en las liquidaciones de las actividades reguladas o que, en todo caso, éstos tuvieran carácter coyuntural”.

situación, el legislador dio un paso más y decidió regular con carácter general y permanente el mecanismo de financiación de este posible déficit tarifario estructural, si bien dicha regulación se limitó a identificar a las empresas afectadas por la liquidación y a establecer, entre ellas, unos porcentajes de reparto.

Financiación obligatoria que, como hemos indicado, sólo podía calificarse jurídicamente como una prestación patrimonial de carácter público, es decir como una obligación impuesta coactivamente por el poder público a determinadas empresas eléctricas.

Partiendo de tal naturaleza, la siguiente cuestión que se planteó era determinar si la prestación patrimonial forzosa que se imponía a determinadas empresas eléctricas, que consistía en una contribución forzosa a la financiación del déficit de tarifas, implicaba necesaria y automáticamente el correlativo reconocimiento de un derecho de compensación o de recuperación del importe de las cantidades financiadas. O, si por el contrario, tal derecho a la compensación o recuperación de las cantidades imputadas por el déficit tarifario no existía, siendo discrecional por el Gobierno establecer, en su caso, alguna fórmula compensatoria.

Pues bien, si bien del simple tenor literal del Real Decreto-ley 5/2005 no se deducía ninguna conclusión relativa a esta cuestión, de una interpretación conjunta del precepto, teniendo en cuenta sus antecedentes históricos, el marco jurídico en el cuál se inscribe la nueva disposición legal y las circunstancias existentes en el momento en que se aplica, cabía deducir que la exigencia forzosa de contribuir a la financiación del déficit tarifario exigía de forma ineludible el correlativo reconocimiento a favor de las empresas eléctricas afectadas de un derecho de compensación o de recuperación del importe de las cantidades imputadas.

Por dicha razón, aunque la obligación de contribuir tuviera amparo de una disposición con fuerza de Ley, en la medida que como consecuencia de la aplicación del artículo 24 del Real Decreto-ley 5/2005 se podría producir, tal y como hemos indicado, la privación de un bien patrimonial, existía de forma imperativa la correlativa exigencia constitucional de indemnizar a las entidades afectadas en una cuantía equivalente al valor económico del derecho patrimonial del que la entidad eléctrica ha sido privado.

G) El reconocimiento del derecho de recuperación de la financiación del déficit tarifario.

Tras la aprobación del Real Decreto-ley 5/2005, que obligó a determinadas compañías eléctricas a financiar el déficit tarifario, el reconocimiento del derecho a recuperar el déficit tarifario financiado se llevó a cabo por la Disposición adicional primera del Real Decreto 809/2006, de 30 de junio, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2006. Dicho reconocimiento se llevó a cabo incluyendo coste en la tarifa la cuantía correspondiente a la anualidad que resulta para recuperar linealmente el valor actual neto durante un período de 14 años y medio del déficit de ingresos en la liquidación de las actividades reguladas generado entre el 1 de enero de 2005 y el 31 de diciembre de 2005.

Conforme a la citada Disposición, dichos costes tenían la consideración de costes específicos definidos como cuota con destino específico. Permitiéndose a las sociedades titulares del derecho de cobro del déficit tarifario la posibilidad de cederlo a terceros, posibilitándose así su monetización⁷⁰¹.

H) El reconocimiento del déficit ex ante.

A partir del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, el Gobierno modificó el modelo y optó por reconocer no sólo el derecho a la recuperar del déficit financiado por los obligados a soportar el déficit tarifario generado, sino a reconocer igualmente con carácter periódico y de manera “ex ante” los déficits tarifarios estimados.

En virtud de este sistema, las compañías eléctricas dejaban en principio de tener que soportar durante un largo período los déficits tarifarios generados, ya que reconocido “ex ante” el déficit existente, el sistema debía generar liquidez suficiente para abonar el déficit que se fuera generando a través de la subasta de los derechos de compensación del déficit

⁷⁰¹ En este caso, deberán comunicarlo con carácter previo a la Secretaria General de Energía y a la Comisión Nacional de Energía.

tarifario. Atribuyéndose a la antigua Comisión Nacional de Energía (CNE) la encargada de organizar la subasta del derecho de compensación entre la comunidad financiera.

En este nuevo esquema, las órdenes ministeriales por las que se modificaran las tarifas eléctricas tendrían que determinar, a los efectos de su inclusión en la tarifa correspondiente, la anualidad necesaria para satisfacer los derechos de cobro adjudicados en las distintas subastas. Esta anualidad será la que permitiría recuperar linealmente (debiendo entenderse este concepto por “linealmente” sistema de cuota constante, así ha sido en regulaciones de déficits tarifarios anteriores y lo confirman la regulación y aclaraciones posteriores del déficit tarifario ex ante) durante un período de 15 años desde la fecha de desembolso correspondiente a cada subasta el importe total de los derechos de cobro subastados. El tipo de interés que se utilizará para el cálculo de la anualidad será el dispuesto en el artículo 3 de la Orden ITC/694/2008, de 7 de marzo, por la que se regula el derecho de cobro correspondiente a la financiación del déficit ex ante de ingresos de las liquidaciones de las actividades reguladas y su procedimiento de subasta, modificado por el diferencial resultante en la subasta correspondiente.

En definitiva se estableció desde el origen la obligación de la Administración General del Estado de incluir como coste en la tarifa la cuantía correspondiente a la anualidad que resultara necesaria para recuperar el derecho en un plazo de 15 años bajo un sistema de amortización francés a interés variable.

Posteriormente el Real Decreto 437/2010, de 9 de abril, desarrolló la regulación del proceso de titulización del déficit del sistema eléctrico. Con él se pretendió avanzar en la senda que trazó el Real Decreto- ley 6/2009 que fijó el fin del déficit tarifario del sistema eléctrico en el 1 de enero de 2013, estableciendo un nuevo sistema de financiación del déficit acumulado basado en la posible cesión de los derechos de cobro reconocidos al denominado Fondo de Titulización del Déficit del Sistema Eléctrico y autorizando a la Administración General del Estado a otorgar avales en garantía de las obligaciones económicas exigibles al Fondo, por un importe máximo de 10.000 millones de euros para los derechos de cobro generados hasta el 31 de diciembre de 2009 y por los importes máximos señalados en las correspondientes leyes de presupuestos, para los derechos de cobro generados hasta el 31 de diciembre de 2013.

El Real Decreto 437/2010 reguló las condiciones de constitución y funcionamiento del Fondo de Titulación del Sistema Eléctrico; identificó a los titulares iniciales de los derechos de cobro correspondientes a los diversos ejercicios desde 2005; determinó y cifró los valores máximos de los derechos de cobro susceptibles de cesión al Fondo y creó una Comisión Interministerial, integrada por los Ministerios de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda que supervisará el funcionamiento del Fondo.

Finalmente la nueva regulación del Sector Eléctrico, aprobada por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, modifica la determinación de los obligados a financiar inicialmente el déficit generado, pues a partir de dicha disposición legal, en los términos que posteriormente indicaremos, los déficit que se produzcan y sean inferiores a los porcentajes que se indican en la misma, deben ser financiados por todos los agentes del sector que perciben ingresos regulados, de forma proporcional a los derechos de cobro por la actividad que realizan.

12.4. Las novedades que introduce la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, ha derogado la Ley 54/1997. El hecho de que tanto la Ley 54/1997 como la Ley 24/2013 tengan el mismo título y que, adicionalmente, el Anteproyecto de Ley de la Ley 24/2013 se presentara en el mismo momento en que se aprueba el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, ponen de manifiesto que la nueva Ley no ha tenido como objetivo modificar el modelo regulatorio que implementó la Ley 54/1997, sino hacer frente al problema del déficit tarifario y asegurar la sostenibilidad del sistema eléctrico. En consecuencia, la reforma que se inicia con la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013 y que da lugar a la aprobación de la Ley 24/2013, tiene básicamente una finalidad económico-financiera, de cambiar parte del modelo retributivo del sector.

Estamos, pues, ante una reforma parcial-parcial. Y decimos parcial-parcial, porque este carácter parcial lo es en un doble sentido acumulativo. En primer lugar, porque como acabamos de indicar, la reforma no introduce ningún cambio significativo en la estructura

del sistema eléctrico, basado desde la aprobación de la Ley 54/1997 en el binomio actividades reguladas-actividades liberalizadas, sino que incide esencialmente en la problemática de la sostenibilidad del mismo, en el modelo retributivo de las actividades eléctricas. Y en segundo lugar, porque dentro de este ámbito, la sostenibilidad económica del sistema, sólo aborda la problemática de la retribución fijada por el Gobierno (tarifas de actividades reguladas, compensación económica a las energías renovables, régimen de pagos por capacidad, retribución del sistema de interrumpibilidad, etc.), sin abordar la problemática del modelo retributivo fijado por las reglas del mercado.

Este carácter parcial-parcial determina que la reforma no es, ni puede ser por su propia naturaleza, una reforma completa y definitiva. Partiendo de esta realidad, una reforma centrada sustancialmente en el modelo retributivo de las actividades eléctricas cuya fijación depende del Gobierno y no del mercado, resulta obvio plantearse la pregunta de si el modelo retributivo de la Ley 24/2013 otorga suficiente seguridad o certidumbre jurídica.

Para contestar a esta pregunta hay que tener en cuenta que la Ley 24/2013 parte de las conclusiones que el Gobierno considera que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada fundamentalmente en relación con el régimen especial de producción eléctrica. Según dicha aproximación teórica, siempre que nos encontremos ante una actividad cuya retribución dependa de la decisión del Gobierno, sea cuál sea el grado de certidumbre que ha otorgado la normativa aplicable, los poderes públicos están habilitados para introducir modificaciones en la medida que el nuevo sistema garantice una “rentabilidad razonable”.

Pues bien, este presupuesto resulta inicialmente equívoco, por dos razones. En primer lugar porque el concepto de rentabilidad razonable si bien tiene sentido como presupuesto para la fijación de la retribución de las actividades reguladas, que por definición son actividades permanentes y no ligadas a instalaciones concretas, sino a redes, deja de tener coherencia cuando se aplica para fijar el modelo retributivo de otras actividades, en particular la retribución de las instalaciones renovables, cuyo fundamento en el establecimiento de un sistema de compensaciones temporales para instalaciones concretas. Y en segundo lugar, porque si se quiere hacer el principio de la rentabilidad razonable la base teórica sobre la que configurar la parte no sujeta a las reglas del mercado, del modelo

retributivo del sector eléctrico, el marco legal debe fijar cuál es el alcance de dicho concepto, con carácter general, objetividad y permanencia. En otro caso se convierte en un principio general indeterminado, sujeto a la discrecionalidad y arbitrariedad del regulador.

En todo caso, habiéndose analizado en apartados anteriores cuál ha sido el contenido específico de la reforma introducida por la Ley 24/2013 y de su desarrollo reglamentario en relación con las denominadas instalaciones en régimen especial procede, a continuación, hacer un breve análisis del alcance de dicha reforma para el resto de las áreas o actividades del sistema eléctrico.

A) Retribución a la distribución y el transporte.

Las actividades de distribución y transporte eléctrico han sufrido diversas reformas desde la entrada en vigor de la Ley 54/1997. Inicialmente fue el Real Decreto 2819/1998, de 23 de diciembre, el que reguló ambas actividades, si bien con importantes diferencias, pues mientras que para el transporte dicha norma establecía un modelo que podríamos considerar definitivo, para la distribución la citada norma reglamentaria establecía un modelo transitorio basado en la continuidad, actualizada, del modelo retributivo existente.

Partiendo de esta circunstancia, en el año 2008 se produjo una nueva regulación del régimen retributivo de las citadas actividades reguladas, mediante la aprobación para la distribución del Real Decreto 222/2008, de 15 de febrero, y para el transporte del Real Decreto 325/2008, de 29 de septiembre.

Los cambios del año 2008 no fueron tan determinantes para el transporte, en la medida que el nuevo modelo retributivo se aplicaba sólo a las instalaciones puestas en servicio a partir del 1 de enero de 2008, siendo de aplicación para las instalaciones preexistentes, el modelo retributivo previsto en el Real Decreto 2819/1998. Sin embargo, en distribución se establecía un modelo definitivo de nuevo cuño, implementado con finalidad de permanencia y generalidad, aplicable a todas las instalaciones.

Pues bien, ambos sistemas han sido sustituidos por el Real Decreto 1047/2013, de 27 de diciembre, aplicable a la actividad de transporte, y por el Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, aplicable a la actividad de distribución.

Los cambios que se introducen en el modelo retributivo en la actividad de transporte han afectado tanto al sistema de actualización de los costes de inversión reconocidos, en la medida que a diferencia de los dos sistemas previos, la nueva regulación no reconoce ningún mecanismo de actualización del coste de la inversión (ni el IPC inicial previsto en el Real Decreto 2819/1998 ni el 2,5% a que hacía referencia el Real Decreto 325/2008). Adicionalmente el cálculo de la retribución de la inversión también se modifica cambiando el modelo previsto en el Real Decreto 2819/1998, Mibor a 3 años más 1% de diferencial, por la tasa de retribución de las Obligaciones de Estado a 10 años, o reduciendo el diferencial de 375 puntos básicos recogidos en el Real Decreto 325/2008, a 100 puntos básicos para el año 2013 o 200 a partir del año 2014, recogidos en el Real Decreto 1047/2013.

Por su parte la actividad de distribución se basaba en una retribución de referencia, cuyo cálculo englobaba determinados parámetros, así como de la aplicación de un índice de actualización basado en el IPC y determinados parámetros adicionales. Sistema que se modifica en la reforma introduciéndose un modelo conceptualmente similar al modelo de transporte, más complejo, pero en donde también se tiene como referencia una retribución de la inversión basada en la rentabilidad de las Obligaciones del Estado a 10 años, con un diferencial, y un valor no actualizable de los activos.

Pues bien, partiendo de estos principios básicos debemos señalar que si bien no existen normas armonizadas de referencia, ni en la Directiva de electricidad ni en la Directiva de gas, conforme a los estudios llevados a cabo por la Comisión europea en la práctica totalidad de los países europeos, el sistema retributivo del transporte de las actividades energéticas se calcula en función de dos parámetros, la base de retribución de los activos (RAB) y la tasa de retribución (WACC). Pues bien, partiendo de dichos parámetros, en todos los países europeos, la tasa de inflación forma parte del sistema retributivo del bien formando parte del cálculo del RAB, mediante la actualización anual del

valor de los activos, bien formando parte de la tasa de retribución, utilizando un WACC nominal, no real.

Sin embargo, como hemos indicado, en España la tasa de retribución se pretende fijar en función de la tasa de los Bonos del Estado a 10 años más una prima, pero al fijarse con un diferencial de 100 o 100, el importe de dicha tasa equivalente es inferior al importe WACC real pre-tax de los países europeos. Por tanto, en la medida que la tasa de retribución no incorpora el valor mínimo del WACC real pre-tax, y el valor de los activos no se actualiza, el resultado real es que el nuevo modelo retributivo, al margen de otras consideraciones, está de “facto” eliminando la tasa de actualización del modelo retributivo de las actividades reguladas en España, tanto en transporte como en distribución.

Dicha decisión aunque tenga un efecto inmediato en la reducción del déficit tarifario, puede, sin embargo, suponer a largo plazo una reducción de la rentabilidad de las inversiones de transporte y distribución, alejándolas de los parámetros de rentabilidad comunitarios para el mismo tipo de activos regulados, sin que exista ninguna justificación técnica o financiera que determine cuál es la razón por la que la rentabilidad de dichas actividades debe ser inferior en España a la existente en otros países comunitarios que cumplen una función equivalente en un modelo o sistema eléctrico que tiene principios comunes y de creciente armonización en materia de actividades reguladas. Y, como consecuencia de dicha reducción, puede ocasionar igualmente a medio y largo plazo una disminución de las políticas inversoras de las empresas titulares de las redes de transporte y distribución,

B) Nuevo régimen de autoconsumo de energía eléctrica.

El artículo 9 de la Ley 24/2013 está dedicado al régimen de autoconsumo de energía eléctrica. Se entiende por autoconsumo a los efectos de la nueva regulación, el consumo de energía eléctrica proveniente de instalaciones de generación conectadas en el interior de una red de un consumidor o a través de una línea directa de energía eléctrica asociadas a un consumidor.

La Ley distingue diversas modalidades de autoconsumo, en concreto, el suministro con autoconsumo, la producción con autoconsumo, la producción con autoconsumo de un consumidor conectado a través de una línea directa con una instalación de producción y, finalmente, cualquier otra modalidad de consumo de energía eléctrica proveniente de una instalación de generación de energía eléctrica asociada a un consumidor. En todo caso, la nueva regulación obliga a que los consumidores acogidos a las modalidades de autoconsumo de energía eléctrica tengan que inscribirse en el registro administrativo de autoconsumo creado a tal efecto en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Pero la obligación más polémica del autoconsumo se encuentra en la exigencia impuesta a los autoconsumidores de contribuir a los costes y servicios del sistema por la energía autoconsumida, cuando la instalación de generación o de consumo esté conectada total o parcialmente al sistema eléctrico.

Con esta finalidad, el Proyecto de regulación del autoconsumo elaborado por el Gobierno y que ha sido objeto de información pública, señala que el consumidor que se acoja a la modalidad de autoconsumo deberá pagar por la energía consumida procedente de la instalación de generación conectada en el interior de su red, el peaje de respaldo. Peaje de respaldo fijado hasta que transitoriamente, hasta que se fije por la oportuna Orden ministerial, en la Disposición transitoria primera, en función de las categorías de acceso a las red, distinguiéndose entre baja y alta tensión. La obligación de pagar un peaje de respaldo incluso por la energía autoconsumida supone, pues, el aspecto más controvertido derivado de la nueva reglamentación prevista para la modalidad de autoconsumo.

En la Memoria del Proyecto el peaje de respaldo se justificaba en primer lugar por la necesidad de garantizar la sostenibilidad económica del sistema a corto plazo, pero también porque el peaje de respaldo dota al sistema eléctrico de un balance equilibrado de generación y demanda en los horizontes de corto, medio y largo plazo, razón por la cual en su cálculo se incluye el término variable de los peajes de acceso y los costes derivados de los pagos por capacidad y de los servicios de ajuste que correspondan.

Sin embargo, la Comisión Nacional de Energía, en su informe de 4 de septiembre de 2013, ha sido enormemente crítica con el establecimiento de los peajes de respaldo, por diversas razones:

- a) En primer lugar, porque la justificación del peaje de respaldo es insuficiente, tanto en la regulación legal, que no lo define, como en la Memoria del texto normativo sujeto a informe, pues, a juicio de la CNE los argumentos técnico-financieros que utiliza la Memoria para imputar al autoconsumo determinados costes, no son correctos, tanto en cuanto a la imputación del término variable de los peajes de acceso como a los pagos de capacidad vigente.
- b) En segundo lugar, porque el establecimiento de un peaje de respaldo únicamente a los consumidores acogidos a la modalidad del autoconsumo, dado que, en propias palabras de la CNE “supone un trato discriminatorio con respecto al resto de los consumidores, que pudiendo reducir su consumo en el caso de que adoptaran medidas de eficiencia energética (como el aislamiento de su vivienda o el uso de lámparas de bajo consumo), no pagarían este peaje por la energía que pudieran ahorrar”.
- c) En tercer lugar, porque los valores numéricos para el peaje de respaldo que se derivan de la transitoria del proyecto del Real Decreto son muy elevados, lo que haría económicamente inviable las modalidades de suministro y producción con autoconsumo.

Teniendo en cuenta los argumentos de la antigua Comisión Nacional de Energía parece deducirse que el establecimiento del peaje de respaldo tiene como único objetivo imputar a un suministro que nace “fuera” del sistema, los costes internos del “sistema”.

Derivada de esta crítica el Gobierno está trabajando en un nuevo proyecto de regulación de la actividad de autoconsumo, que no ha sido finalmente aprobado en el actual período legislativo y que será objeto de aprobación, previsiblemente, en el año 2016.

Finalmente, con anterioridad a la aprobación de esta norma reglamentaria el Real Decreto-ley 9/2015, de 10 de julio modifica el artículo 9 de la Ley del Sector Eléctrico, relativo al régimen del autoconsumo eléctrico, con el propósito de disminuir la carga económica a los pequeños consumidores que decidan autoconsumir.

En concreto, la nueva regulación no exime al autoconsumidor del pago de peajes. Lo único que hace la nueva disposición es facultar al Gobierno para que pueda reducir excepcionalmente los peajes, cargos y costes a determinadas categorías de consumidores de baja tensión de la modalidad de suministro con autoconsumo, siempre que la potencia máxima contratada de consumo y la instalada de generación no sean superiores a 10 kW.

El Real Decreto-ley se limita a establecer que *“de forma excepcional y siempre que se garantice la seguridad y la sostenibilidad económica y financiera del sistema, con las condiciones que el Gobierno regule, se podrán establecer reducciones de peajes, cargos y costes para determinadas categorías de consumidores de baja tensión de la modalidad de suministro con autoconsumo. En todo caso, tanto la potencia máxima contratada de consumo como la instalada de generación no serán superiores a 10 kW”*.

C) Cambios en la regulación del mercado mayorista de electricidad.

Como ya hemos indicado en apartados anteriores, la reforma iniciada por el Real Decreto-ley 9/2013 y culminada a nivel legislativo con la aprobación de la Ley 24/2013, no aborda aspectos vinculados con el funcionamiento del mercado mayorista de la electricidad. Esta falta de atención por la reforma de los problemas existentes en el funcionamiento del mercado mayorista se ha puesto de manifiesto recientemente cuando, en virtud de la previsiones regulatorias incluidas en el artículo 14 de la Orden ITC/1659/2009, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia procedió con fecha 20 de diciembre de 2013 a no validar los resultados de la 25ª subasta CESUR celebrada el día anterior. No validación confirmada por la Resolución del Secretario de Estado de Energía de igual fecha.

Con carácter previo a dicha anulación, la propia CNMC ya había abierto un proceso de información previa con fecha de 10 de diciembre de 2013, con el objeto de analizar los movimientos inusuales en los precios del mercado eléctrico. Por último, ante el vacío legal

existente para la determinación del componente de energía de la TUR, previo informe de la CNMC, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto-ley 17/2013, de 27 de diciembre, por el que se determina el precio de la energía eléctrica en los contratos sujetos al precio voluntario para el pequeño consumidor en el primer trimestre de 2014.

En definitiva, la anulación de la subasta CESUR puso de manifiesto que el actual funcionamiento del mercado mayorista de generación eléctrica, el denominado “pool”, en determinadas situaciones puede no estar llevando a cabo una asignación eficiente de los recursos del sistema, lo que podría requerir una reforma del mercado mayorista de generación.

Por otro lado, la Ley 24/2013 dando continuidad a lo ya previsto con anterioridad en la Ley 54/1997, regula la posibilidad de que la retribución de la generación incluya un componente en concepto de mecanismo por capacidad. Los mecanismos por capacidad retribuyen dos tipos de servicios: el fomento de la inversión en capacidad a largo plazo y el servicio de disponibilidad a medio plazo, con los que se pretende dotar al sistema de un margen de cobertura adecuado e incentivar la disponibilidad de potencia gestionable. De hecho el primero de ellos, el incentivo a la inversión en capacidad a largo plazo, ya resultó afectado por el Real Decreto-ley 9/2013, que lo redujo y fijó en 10.000 €/MW/año, acompañando esta medida de un alargamiento en el plazo del derecho de cobro de las instalaciones.

En este contexto legislativo, la Orden ITC/2794/2007, de 27 de septiembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de octubre del 2007, reguló tanto el incentivo a la inversión en capacidad a largo plazo como el pago en concepto de servicio de disponibilidad. A su vez, el mecanismo de financiación de los pagos por capacidad está regulado por la Disposición adicional séptima de la Orden ITC/3860/2007, de 28 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir del 1 de enero del 2008. De acuerdo con ella, están obligados al pago por capacidad todos los comercializadores y consumidores directos en el mercado por la energía que efectivamente adquieran mediante las diferentes modalidades de contratación y que esté destinada al consumo interno español.

A su vez, los precios de los pagos por capacidad fueron revisados en el año 2010 por la Orden ITC/3353/2010, de 28 de diciembre para adecuarlos a la entrada en vigor del mecanismo regulado en el Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero. Este mecanismo era de aplicación a las instalaciones de generación que utilizan como combustible carbón autóctono y los costes derivados de su aplicación suponían un sobre coste directo para el consumidor, que contribuía a su financiación por medio de los pagos por capacidad. Dado que el 31 de diciembre del 2014 ha concluido la aplicación del mecanismo de restricciones por garantía de suministro regulado, era hace necesaria la revisión de los precios en concepto de pagos por capacidad.

Teniendo en cuenta los antecedentes citados, el Real Decreto-ley 9/2015, de 10 de julio, ha reducido recientemente la cantidad destinada a pagos por capacidad incluida en la retribución de la actividad de producción de las plantas de ciclo combinado y de cogeneración, revisando los precios que soportan los consumidores en concepto de pagos por capacidad, lo que supone una reducción de la cantidad que pagan actualmente en términos anuales.

Al margen de esta regulación, el proyecto de Real Decreto que el Gobierno ha puesto encima de la mesa como consecuencia de la última reforma del sistema eléctrico, aborda igualmente la modificación del mecanismo de pagos por capacidad que incluye actualmente dos tipos de servicio, el incentivo a la inversión en capacidad a largo plazo, y el servicio de disponibilidad a medio plazo. A su vez el citado Proyecto introduce por primera vez un mecanismo de hibernación que prevé la posible hibernación de centrales eléctricas, entendida como el cierre temporal de las instalaciones que permita su puesta en funcionamiento en un momento posterior. Por último el Proyecto modifica el modelo de retribución de la resolución de la problemática de las restricciones técnicas.

Todos somos conscientes de que como consecuencia del descenso del consumo eléctrico derivado de la crisis económica y el incremento de la capacidad del sistema, el riesgo de déficit de la capacidad instalada a corto plazo es mínima. Por dicha razón, sin perjuicio de la importancia de encuadrar estas reformas en una definición global y coherente del mercado mayorista, creemos que el modelo retributivo con el que el Proyecto del Real Decreto intenta compensar el funcionamiento de ambos servicios, tanto el de capacidad

como el de hibernación, es positivo, pues se estructura en base a un instrumento competitivo, el de la subasta, que parece “a priori” y si se hace correctamente, el mejor sistema existente cuando en uno de los dos lados de la curva del mercado (la oferta y la demanda) sólo existe una parte, que debe escoger con transparencia y objetividad entre varias entidades interesantes. El modelo de la subasta, siempre que sea en un entorno competitivo, es un modelo de mercado y, en consecuencia, potencialmente acto para llevar a cabo la mejor asignación de recursos y precios.

Ahora bien, conviene resaltar la aparente contradicción que resulta de comparar la evolución de la retribución de los mecanismos de pago por capacidad e hibernación, que se dirigen hacia un modelo competitivo basados en subastas, de los cambios que se producen en el sistema retributivo de las restricciones técnicas, que, al contrario, evolucionan conforme al Proyecto desde un modelo basado en instrumentos competitivos y de mercado, hacia un modelo retributivo regulado, basado en el reconocimiento de costes estándar, en términos equivalentes al aplicable a las actividades reguladas.

Esta aparente contradicción pudiera derivarse de un reconocimiento implícito por el legislador de que no existe un mercado para el servicio de restricciones técnicas. Por eso posiblemente la solución no pasa simplemente por cambiar “per se” el modelo retributivo, sino, como hemos venido señalando, realizar un análisis más profundo de cuáles son los fallos del mercado mayorista, en sus diferentes ámbitos, diario, intradiario y servicios de ajuste.

D) Nueva regulación del déficit tarifario del sistema eléctrico.

El artículo 19 de la Ley 24/2013, relativo a los “Desajustes temporales entre ingresos y costes del sistema”, da una nueva regulación del mecanismo de cobertura del déficit tarifario. En concreto, según dicha disposición, se entenderá que se producen desajustes temporales entre ingresos y costes del sistema eléctrico si como resultado de las liquidaciones de cierre del sistema eléctrico en un ejercicio resultara un déficit o superávit de ingresos.

La Ley tiene como objetivo establecer un límite a dicho déficit, al señalar que su cuantía no podrá superar el 2 por ciento de los ingresos estimados del sistema para dicho ejercicio y que la deuda acumulada por desajustes de ejercicios anteriores no podrá superar el 5 por ciento de los ingresos estimados del sistema para dicho ejercicio.

Al margen del propósito de controlar su cuantía el mayor cambio normativo se produce con la sustitución de los obligados a financiar dicho déficit, pues el apartado 3 del mencionado artículo 19 establece que la parte del desajuste que, sin sobrepasar los límites legales, no se compense por subida de peajes y cargos debe ser financiada por todos los sujetos del sistema de liquidación de forma proporcional a la retribución que les corresponda por la actividad que realicen. A estos efectos se considerarán sujetos del sistema de liquidaciones a aquellos que reciben la liquidación de su retribución con cargo a las diferentes partidas de costes del sistema, tanto directamente como a través del operador del sistema o de los distribuidores.

La Ley reconoce expresamente el derecho ya consagrado a la recuperación de las aportaciones recibidas para financiar los desfases que se produzcan. En concreto señala la Ley 24/2013 que los sujetos obligados a financiar el déficit tendrán derecho a recuperar las aportaciones por desajuste que se deriven de la liquidación de cierre, en las liquidaciones correspondientes a los cinco años siguientes al ejercicio en que se hubiera producido dicho desajuste temporal, reconociéndose un tipo de interés en condiciones equivalentes a las del mercado. Por otro lado los superávit de ingresos que pudieran resultar de las liquidaciones del sistema eléctrico en cada ejercicio serán considerados ingresos liquidables del sistema del ejercicio en curso, y siempre que existan desajustes de años anteriores estos ingresos se destinarán a la reducción de las cantidades pendientes de devolución correspondientes a los mismos.

E) Intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad.

La Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, establece en su artículo 11, los principios generales que rigen los intercambios intracomunitarios e internacionales de

electricidad⁷⁰², definiendo dichos intercambios intracomunitarios e internacionales de electricidad y estableciendo que los intercambios a corto plazo de energías de balance o de reserva que tengan por objeto el mantenimiento de las condiciones de calidad y seguridad del suministro de energía eléctrica en el Sistema y los intercambios de servicios transfronterizos de ajuste, serán realizados por el Operador del Sistema u otros sujetos del Sistema en los términos que reglamentariamente se establezcan.

En este contexto, la Circular 2/2014, de 12 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, así como la metodología relativa a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema ha regulado los principios aplicables al procedimiento de separación de Mercados así como el mecanismo coordinado de gestión a plazo de la interconexión eléctrica entre España y Portugal.

Igualmente dicha Circular ha regulado los principios aplicables al procedimiento de subastas explícitas para la asignación de capacidad en el horizonte de largo plazo e intradiario, al mecanismo de acoplamiento de los mercados para la resolución de congestiones en el horizonte diario y a los servicios de equilibrio entre Sistemas gestionados por distintos Operadores del Sistema. Por último, la Circular recoge los principios aplicables al mecanismo de resolución de congestiones en las interconexiones internacionales no intracomunitarias

F) Los servicios de interrumpibilidad.

El artículo 49 de la Ley 24/2013 señala que la Administración podrá adoptar medidas que incentiven la mejora del servicio a los usuarios y la eficiencia y el ahorro energéticos, directamente o a través de agentes económicos cuyo objeto sea el ahorro y la introducción

⁷⁰² La Orden IET/107/2014, por la que se revisan los peajes de acceso de energía eléctrica para 2014, establece en su disposición derogatoria única que queda derogada la Orden ITC/4112/2005, de 30 de diciembre, por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica, salvo el artículo 5, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en la presente Orden.

de la mayor eficiencia en el uso final de la electricidad. Entre dichas medidas la Ley permite incluir el servicio de interrumpibilidad gestionado por el Operador del Sistema.

La Disposición adicional primera de la Orden IET/2804/2012, de 27 de diciembre, dio un mandato al Operador del Sistema para que presentara en el plazo de un año desde su entrada en vigor una propuesta de revisión del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad que contemplara, entre otros aspectos, la asignación del servicio mediante mecanismos competitivos de mercado. Fruto de este mandato, la asignación del procedimiento competitivo de subastas para la asignación del servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad ha sido regulado en la Orden IET/2013/2013, de 31 de octubre, regulación que se completa con la Orden IET/1752/2014, de 26 de septiembre, por la que se establece el calendario correspondiente a la temporada eléctrica y se modifican en consecuencia determinados aspectos relativos al servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, así como por las diversas resoluciones adoptadas por la Dirección General de Política Energética y Minas que, al amparo de dichas disposiciones, han regulado las subastas competitivas.

Por otro lado, el servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad ofrecido por los consumidores de los sistemas eléctricos no peninsulares se sigue regulando transitoriamente por la Orden ITC/2370/2007, de 26 de julio,

G) La fijación de los precios de suministro al consumidor final.

La Ley 24/2013 introduce un nuevo régimen de precios minoristas regulados, distinguiendo entre los precios voluntarios para el pequeño consumidor (PVPC) y las tarifas de último recurso (TUR). La Ley señala que mediante reglamento se concretarán los requisitos que han de cumplir los consumidores para acogerse a las diversas modalidades de precios regulados (PVPC, TUR o bono social). Este reglamento ha sido aprobado por el Real Decreto 216/2014, de 28 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor de energía eléctrica y su régimen jurídico de contratación

Los usuarios acogidos a PVPC conforme a la Ley 24/2013 son los herederos de la TUR en el marco de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico. Y los usuarios con derecho a TUR son los usuarios vulnerables que tenían derecho al bono social. Curiosamente el Real Decreto 216/2014 no concreta las características de dichos usuarios vulnerables.

En todo caso, el tránsito se produce de forma automática. Los consumidores suministrados por un comercializador de referencia que estuvieran acogidos a los PVPC a 31 de marzo de 2014, seguirán siendo suministrados por dicho comercializador aplicando el nuevo PVPC definido en el Real Decreto 216/2014 a partir del 1 de abril de 2014. Naturalmente, lo anterior se entenderá sin perjuicio de las solicitudes de modificación de la modalidad de contratación que se realicen por parte del consumidor (contratación a precio fijo anual o contratación en el mercado libre). En todo caso, salvo manifestación expresa en contrario por parte del consumidor, la modalidad de contratación con el comercializador de referencia será a PVPC, siempre que el consumidor cumpla los requisitos para poder acogerse a dicho precio.

El Real Decreto 216/2014 no es excesivamente estricto cuando establece los medios que permitan demostrar si el consumidor ha optado expresamente por otra modalidad de contratación (ofertas anuales), basta *“cualquier medio contrastable que permita garantizar la identidad”*. En todo caso, los comercializadores de referencia deberán adaptar los contratos de suministro ya suscritos con sus clientes a la nueva regulación, con ocasión de su vencimiento o del de cualquiera de sus prórrogas.

En cuanto al cálculo del PVPC, como indica Ana Isabel Mendoza Losana⁷⁰³, *“es importante recordar que hasta diciembre de 2013, el coste de producción se ha venido estimando a partir del método de cálculo previsto en la normativa anterior que tomaba como referencia el resultado de una subasta trimestral en la que participaban los comercializadores de último recurso (subasta CESUR). La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia no validó la 25ª subasta CESUR celebrada el 19 de diciembre de 2013 por considerar que se habían producido «circunstancias atípicas» que*

⁷⁰³ En el análisis realizado por Gómez-Acebo & Pombo Abogados, *“¿Cuánto costará la luz a partir del 1 de abril de 2014? Análisis del nuevo sistema de determinación de los precios de la energía aprobado por Real Decreto 216/2014”*. Abril 2014.

impidieron que la puja se desarrollara en un entorno de «suficiente presión competitiva». Este hito supuso el abandono del sistema de subasta. Por ello, tras la anulación de la vigesimoquinta subasta CESUR y en espera de que el Gobierno aprobara la metodología definitiva de cálculo de los PVPC y de las TUR, el Real Decreto-Ley 17/2013 estableció de forma transitoria el procedimiento para la determinación del coste estimado de los contratos mayoristas, que será de aplicación a partir del 1 de enero y para el primer trimestre del 2014. En aplicación de este mecanismo, se fijó un precio de la energía en el mercado diario a considerar en el cálculo del PVPC de acuerdo a la metodología establecida en la Orden ITC/1659/2009”.

Transcurrido dicho régimen transitorio, conforme al Real Decreto 216/2014, la determinación del coste de producción de energía eléctrica se realizará con base en el precio horario del mercado diario durante el período al que corresponda la facturación. Por tanto, se produce un cambio de modelo, pasando de un modelo en el que el precio del coste estimado de la energía era conocido con una antelación de al menos, tres meses (subastas CESUR), a un mecanismo de determinación del precio horario en el que el consumidor abonará un precio distinto por hora de la energía consumida durante el periodo de facturación, información que conocerá un día antes del suministro.

13. CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS Y TÉCNICAS DE REGULACIÓN: LA NECESIDAD DE UNA LEY GENERAL DE LA ENERGÍA.

La experiencia de los quince años de vigencia del nuevo marco del sector eléctrico, teniendo en cuenta que la Ley 24/2013 no ha alterado la esencia del modelo establecido en la Ley 54/1997 limitándose a introducir determinados ajustes en alguna de sus instituciones, en particular en el régimen económico financiero, nos han permitido extraer ciertas conclusiones sobre el funcionamiento del sector y sus necesidades de reforma.

La primera gran conclusión es que durante estos quince años los temas de mayor conflictividad se han centrado en aquellos aspectos del modelo establecido en el año 1997 que quedó inicialmente incompleto o en donde la regulación que se introdujo fue parcial. Me estoy refiriendo especialmente a la problemática ocasionada por mantener tras la

aprobación de la Ley un esquema tarifario regulado propio del régimen precedente, en el que el suministrador era el distribuidor, pero sin asunción de riesgos de demanda y precios, y enmarcarlo en un sistema basado en la libre competencia de los mercados de producción y generación eléctrica.

Esta disfunción que no se resuelve sino hasta fechas recientes, es la responsable, en gran medida, de la generalización, sin mecanismos de control y reacción adecuados, del problema del déficit tarifario, en especial cuando el sistema va incorporando paulatinamente costes regulados sin que la tarifa evolucione en paralelo o de forma coherente con tales cambios.

En los mismos términos el segundo gran problema ante el que nos hemos encontrado se ha originado igualmente por introducir disfunciones en el funcionamiento ordinario de los mercados, como ha sido el caso de las energías renovables. En este caso, al igual que en el supuesto anterior, se distorsiona el mercado en la medida que el titular de la instalación de generación si bien vende formalmente en el mercado no actúa con la lógica del mismo (asunción de riesgo de demanda y precio), sino que está obligado a vender todo lo que produce (prioridad en el despacho garantizada por la norma) y a un precio de cero euros, pues el precio que recibe (el de casación del “pool” más la prima o, alternativamente, la tarifa) no tiene ninguna relación con lo que oferta, que lo hace con la exclusiva finalidad de que pueda vender la totalidad de su producción eléctrica, en la mayoría de los casos no gestionable.

La tercera gran controversia se origina igualmente por la distorsión derivada de que el Estado llevara a cabo asignaciones gratuitas de derechos de emisión que después eran vendidos en el mercado, introduciendo en el cálculo del precio de venta del “pool”, con estricta aplicación de las reglas de conducta de los mercados, el coste de una estimada adquisición de un derecho que nunca se había producido.

Se han producido múltiples reformas adicionales, pero han sido en la mayoría modificaciones de gran calado técnico derivadas de la implementación del nuevo modelo del sector eléctrico que no habían quedado totalmente reguladas en la Ley 54/1997 o que exigían un adecuado desarrollo reglamentario, como la puesta en funcionamiento del

mercado de producción, la separación de actividades entre transporte y distribución, la fijación del régimen económico financiero de las actividades reguladas, la problemática del acceso a las redes y puntos de conexión, la regulación de los mecanismos de garantía y calidad del suministro, funcionamiento de la agencia de supervisión, etc..

Tras este inevitable proceso en el que el juego del binomio acierto-error siempre está presente, se hace ineludible plantear la regulación del sector eléctrico desde una perspectiva diferente, que no puede ser otra que su integración en un sistema energético unificado, es decir evolucionar desde leyes sectoriales diferenciadas por fuentes de energía, electricidad, gas natural, hidrocarburos sólidos, principalmente a una ley general de la energía, en la que todos los aspectos energéticos se traten de forma unificada y coherente, manteniendo, lógicamente, las especialidades que cada uno de los citado sectores, por sí mismos, tiene.

Esta Ley general de la energía podría adaptarse con mayor intensidad si cabe a la evolución que en el futuro adopten las directivas marco de la energía, que previsiblemente irán ampliando y unificando su regulación.

En este contexto, los principios y estructura general de esta propuesta normativa pueden sistematizarse en los que se relacionan a continuación.

13.1. Principios de una nueva Ley General de la Energía

Los principios básicos de ordenación del sector energético que fundamentarían la aprobación de una Ley General de la Energía serían los siguientes:

a) Principio de libre competencia y transparencia

El sector energético y sus mercados deben funcionar en régimen de libre competencia y transparencia.

b) Principio de seguridad y calidad del suministro energético

El suministro energético, definido como el conjunto de actividades que garantizan la seguridad y calidad del aprovisionamiento energético a los consumidores, debe calificarse como un servicio económico de interés general.

Como consecuencia de tal consideración, tendrán la naturaleza de actividades reguladas aquellas que impliquen la operación, gestión y titularidad de mercados, instalaciones o redes que tengan la consideración de monopolios naturales o de interés general para el funcionamiento del sector energético.

c) Principio de servicio universal y protección de los consumidores

A efectos de establecer el régimen jurídico de los derechos y, en su caso, obligaciones de los suministrados, debe distinguirse entre distintos consumidores en función de su naturaleza.

La Ley debe garantizar la obligación de suministro universal para clientes domésticos y la existencia de un régimen tarifario especial para los clientes domésticos vulnerables.

d) Principio de equilibrio económico del sector energético

El equilibrio económico del sistema energético debe asegurarse mediante la autosuficiencia de los ingresos y la adecuada correlación con sus costes, la predictibilidad y trazabilidad de los mismos, y el reconocimiento de una rentabilidad razonable, en particular en relación con las actividades reguladas.

e) Principio de especialidad energética

El sistema energético en función de la forma que adopte el suministro se diferenciará en diversos subsistemas, en particular para el suministro de electricidad, gas natural o hidrocarburos.

Bajo los principios comunes de la Ley, cada subsistema se debe regir por normas especiales adecuadas a la especialidad técnica del suministro.

f) Principio de protección ambiental y fomento de la eficiencia energética

La Ley debe velar porque el respeto al medio ambiente y el fomento de la eficiencia energética sean principios rectores del comportamiento de todos los agentes que formen parte del suministro energético, estableciendo las medidas regulatorias y de carácter económico financiero precisas con tal finalidad.

13.2. Contenido de una nueva Ley General de la Energía.

Establecidos los principios que deben informar la Ley, el contenido de la misma debe regular las materias que se establecen a continuación:

a) La Administración energética y la Autoridad de Regulación Independiente

a.1) Distribución de competencias entre Administraciones Públicas Territoriales.

- Conforme a la jurisprudencia constitucional de los apartados 13, 22 y 25 del artículo 149.1 de la Constitución, las Comunidades Autónomas deben ejercer sus competencias en relación con la autorización, supervisión e inspección de instalaciones internas y que no afecten al sistema energético estatal, en especial en materia de distribución, control de calidad y energías renovables.
- La Administración General del Estado, al margen de sus competencias sobre legislación y reglamentación básica, tanto de carácter técnico como económico, así como el control de las instalaciones energéticas de ámbito estatal, se reserva en exclusiva las competencias en relación con la aprobación de la planificación energética vinculante.

a.2) Distribución de competencias entre las Administraciones Públicas y la Autoridad de Regulación Independiente

- La Autoridad de Regulación Independiente deben tener atribuidas todas las funciones públicas, en sus distintas manifestaciones (reglamentaria, de supervisión, inspección y liquidación) vinculadas con la implementación y desarrollo del sistema energético que no hayan sido atribuidas a las Administraciones Públicas.
- En particular debe corresponder a la Autoridad de Regulación Independiente: i) el control del ejercicio de las actividades reguladas, y de los derechos y obligaciones de las empresas reguladas; ii) la garantía del equilibrio y autosuficiencia económica del sistema; iii) y la supervisión de la implementación de la planificación energética, en especial en sus coordinación con el régimen retributivo de las actividades energética.

b) *Régimen jurídico y económico financiero de las actividades reguladas*

b.1) Actividades liberalizadas y de mercado

- El ejercicio de las actividades liberalizadas debe estar sujeto al mínimo control administrativo por razón del ejercicio de la propia actividad, salvo cuando haya razones de interés general que lo justifiquen o por razones ambientales y/o de ordenación del territorio.
- Se debe garantizar el libre acceso de las entidades que ejercen actividades liberalizadas a las instalaciones que se configuren como monopolios naturales o cuando haya interese (ATR).
- El ejercicio de las actividades liberalizadas del sistema energético debe retribuirse en régimen de libre mercado.

- El mercado debe retribuir, de forma diferenciada en su caso, todos los servicios que conforme a los requerimientos técnicos de cada subsistema deben prestarse para garantizar el suministro energético.
- En la fijación de los precios de mercado se deben tener en cuenta de forma coordinada y coherente las externalidades de carácter técnico o ambiental que el ejercicio de cada actividad provoca.

b.2) Actividades liberalizadas en régimen especial

- Se debe admitir la existencia de un régimen jurídico y retributivo especial el caso de actividades liberalizadas cuando la excepción a la aplicación de las reglas de mercado esté fundada por razones de interés social, seguridad y calidad en el suministro o por motivos de protección ambiental.
- Cuando la causa que determine la aplicación de un régimen especial de retribución no esté justificada en el propio funcionamiento técnico del sistema, el exceso del coste neto de dichas actividades debe ser cubierto por los Presupuestos Generales del Estado.
- La retribución regulada de las actividades liberalizadas (en particular generación sujeta a régimen especial y el suministro a clientes vulnerables) se debe determinar mediante una adecuada retribución de la actividad en función de los costes incurridos, la rentabilidad razonable de las inversiones, la eficiencia en la gestión y el riesgo asumido en el desarrollo de la actividad, según su naturaleza, aplicando para su fijación, en la medida de lo posible, principios competitivos o de libre competencia.

b.3) Actividades reguladas

- El ejercicio de las actividades reguladas debe estar sujeto a control administrativo previo y a una supervisión continua.

- La retribución de las actividades reguladas debe realizarse garantizando a las mismas una rentabilidad razonable por los servicios e inversiones, que fomente la eficiencia en los costes a incurrir y el cumplimiento de los objetivos asignados, en particular en materia de seguridad y calidad.
- El coste de las actividades reguladas debe ser soportado en su integridad por los suministrados.

c) Redes energéticas y operación del sistema energético

c.1) Principios generales

- La Ley debe garantizar una separación efectiva del régimen jurídico y económico de las actividades reguladas y liberalizadas.
- Las empresas reguladas no deben estar sujetas al control de otras empresas que lleven a cabo actividades en el sector energético, de conformidad con los criterios establecidos en la normativa comunitaria.
- La Autoridad Reguladora Independiente debe supervisar el ejercicio de las actividades reguladas y, en particular, el acceso de terceros a las redes.
- El modelo retributivo de las actividades reguladas debe incentivar la calidad y la eficiencia en el cumplimiento de los objetivos propuestos.

c.2) Operador y gestor técnico del sistema

- Las redes energéticas, tanto en el Sistema Eléctrico como en el Sistema Gasista, como monopolios naturales que se deben mantener por razones de interés general, deben ser gestionadas por el Operador del Sistema, que tendrá como objeto exclusivo el ejercicio de dichas actividades.

- El desarrollo de las redes de transporte y distribución debe ajustarse en todo caso a lo previsto en la planificación energética.
- La Ley debe garantizar una rentabilidad razonable para la operación y gestión técnica del sistema.

c.3) Redes de transporte y distribución

- Se debe diferenciar entre la gestión técnica y operador del sistema y la titularidad de redes de transporte y distribución.
- La Ley debe garantizar una rentabilidad razonable para las inversiones en infraestructuras de transporte y distribución energética.
- En particular y en relación a la actividad de transporte y distribución, debe ser determinante para el cálculo de dicha retribución la aprobación de planes de inversión plurianuales que permitan una planificación efectiva de la actividad.
- Se debe llevar a cabo una regulación efectiva de la seguridad y calidad del suministro energético al consumidor final.
- Debe delimitarse conceptual entre el derecho de acceso y el derecho de conexión y la simplificación del régimen de acometidas.

c.4) El Operador de Mercado

- La Operación del Mercado Eléctrico y Gasista debe llevarse a cabo por empresas reguladas independientes, no sujetas al control de ningún grupo empresarial.
- La Ley debe impulsar la implementación y gestión unificada de los Mercados ibéricos de la Electricidad y del Gas.

d) *El suministro energético al consumidor final*

d.1) El suministro energético al consumidor final como actividad liberalizada

- Debe unificarse la figura del comercializador sin perjuicio de la imposición de obligaciones de servicio universal en el caso de consumidores vulnerables y la fijación de un régimen económico especial en ese caso.
- Debe garantizarse libertad plena para el cambio de suministrador al cliente final.
- Debe fomentarse la competencia efectiva y transparente en el suministro.

d.2) Suministro energético al consumidor final como servicio de interés general económico

- Deben fijarse mecanismos adecuados para la protección del derecho del consumidor.
- Deben implementarse mecanismos de gestión de la demanda, ahorro y eficiencia energética.
- En relación al principio del suministro universal en el caso de clientes domésticos y sus consecuencias respecto al comercializador, deben establecerse las adecuadas garantías del procedimiento para la suspensión del suministro por falta de pago.

e) *De la protección ambiental y el fomento de la eficiencia energética.*

- Debe admitirse la existencia de un régimen retributivo especial el caso de actividades liberalizadas cuando la excepción a la aplicación de las reglas de mercado esté fundada por razones de interés social, seguridad y calidad en el suministro o por motivos de protección ambiental.
- Cuando la causa que determine la aplicación de un régimen especial de retribución no esté justificada en el propio funcionamiento técnico del sistema, el

exceso del coste neto de dichas actividades deberá ser cubierto por los Presupuestos Generales del Estado.

- La retribución regulada de las actividades liberalizadas (en particular generación sujeta a régimen especial y el suministro a clientes vulnerables) debe determinarse mediante una adecuada retribución de la actividad en función de los costes incurridos, la rentabilidad razonable de las inversiones, la eficiencia en la gestión y el riesgo asumido en el desarrollo de la actividad, según su naturaleza.

CAPÍTULO SEXTO

LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL PROCESO LIBERALIZADOR ELÉCTRICO: FUNDAMENTO, NATURALEZA Y TIPOLOGÍA DE LAS AGENCIAS REGULADORAS. SU MANIFESTACIÓN EN EL DERECHO ELÉCTRICO ESPAÑOL: DE LA CSEN Y LA CNE A LA CNMC. EL CONSEJO EUROPEO DE REGULADORES DE ENERGÍA Y EL ERGEG. LA ACER: ¿UN REGULADOR EUROPEO, DE CARÁCTER FEDERAL, EN EL ÁMBITO ENERGÉTICO?

1. FUNDAMENTO, NATURALEZA Y TIPOLOGÍA DE LAS AGENCIAS REGULADORAS.

1.1. Fundamento histórico y naturaleza de las Agencias: Vinculación a los procesos de liberalización y reforma económica del Estado.

El nuevo contexto regulatorio que empieza a manifestarse, en nuestra opinión de manera tangible⁷⁰⁴, a mediados de los ochenta y a concretarse, a través de distintas modalidades aplicativas desde comienzos de los noventa y durante la década del 2000, encuentra en la existencia de las Agencias Reguladoras uno de sus elementos y puntos de apoyo más sobresalientes, como el instrumento público que permite desde un Estado reformulado en sus misiones en el ámbito económico, ordenar, fijar las reglas, y supervisar las relaciones y el funcionamiento de los mercados existentes en determinados sectores

⁷⁰⁴ Queremos situar en dicho contexto temporal este proceso a fin de asociar también su legitimidad e impulso a las medidas liberalizadoras adoptadas tras la reforma del Tratado de Roma mediante la adopción del Acta Unica Europea, y también en el marco de las modificaciones introducidas con ocasión del Tratado de Amsterdam.

El antecedente histórico central de este modelo institucional de regulación de sectores industriales lo encontramos en Europa en el proceso de desregulación y apertura a la competencia puesto en marcha en el inicio de la década de los ochenta en el Reino Unido y que sigue un modelo similar en cuanto a los principios y objetivos en que se asienta al norteamericano, pero se aparta de aquél en la naturaleza individual y no colegiada del organismo regulador que se crea a consecuencia del programa liberalizador, con todas las implicaciones que tal diferenciación de modelo y estructura trae consigo.

Ver Civil Aviation Act 1982, que dispone la creación de la Civil Aviation Authority; British Airports Authority, establecida en la British Airports Act de 1986; la B. Telecommunications Act de 1984 crea la Oficina de Regulación de las Telecomunicaciones (OFGEM); la Water Industry Act de 1991, atribuye las funciones de órgano regulador al Director General of Water Services, igual ocurre en el ámbito eléctrico con la Electricity Act de 1989 y la Gas Act de 1989 (que disponen la atribución de las competencias reguladoras en ambas materias al Director General of Electricity y Gas Supply, respectivamente). Posteriormente ambos organismos se refundaron a través de la Utilities Regulation Act de 2000, y a través de OFGEM.

La Independent Television Commission –sucesora de la Independent Broadcasting Authority– y la Radio Authority fueron instituidas bajo la Broadcasting Act de 1990, con análogas funciones a las anteriores.

regulados. Dicho en otros términos, la creación de agencias reguladoras o Entidades de regulación sectorial descentralizadas constituye la respuesta institucional derivada del nuevo modelo de liberalización⁷⁰⁵. La mejor virtud del marco jurídico, ha afirmado Vázquez Quintana, es que, manteniendo la consistencia interna, se corresponde razonable y permanentemente con la realidad del mercado⁷⁰⁶.

La creación de Agencias Reguladoras es, pues, una respuesta institucional que se inscribe en el marco de desarrollo del principio de economía social de mercado prevista en nuestra ley fundamental, y que, por tanto, fortalece por la legitimidad sus fines, la adecuada protección y defensa del interés general en sectores estratégicos de mercado de gran complejidad técnica, reforzando la base económica del Estado de Derecho, sin suponer una ruptura, quiebra o desdibujamiento del mismo. En tal sentido, compartimos el criterio de Joaquín Tornos en cuanto a que la aparición de las autoridades Administrativas independientes no supone romper el modelo constitucional, ni crear un cuarto poder. Las Agencias Independientes se incardinan en el poder ejecutivo, si bien en un poder ejecutivo redefinido, del que se desgaja un cuerpo de entidades vinculadas al mismo. Este proceso de separación y de progresiva independencia pretende, justamente, que el modelo constitucional de distribución del poder y de defensa de las libertades sea real y efectivo, al haberse modificado alguno de los presupuestos de hecho sobre el que se asentaba este modelo⁷⁰⁷. Cabría hablar de funciones político-sociales de una parte, y económico-

⁷⁰⁵ Una aproximación menos ajustada a este modelo en cuanto a su configuración, aunque con parecidos fines, la encontramos en el ámbito de elaboración de la Ley francesa para la reforma del servicio público eléctrico. En este contexto, en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional francesa sobre el debate que tuvo lugar sobre los artículos que se refieren a la creación, competencias y funciones de una Autoridad de regulación para el sector eléctrico, se leen intervenciones como la del parlamentario M.Francois Goulard, señalando que *“la creación de una autoridad de regulación fuerte no indica siempre la existencia de una verdadera desregulación. Y a la inversa, el mantenimiento de la autoridad ministerial se asocia a una política dirigista”*. Assemblée nationale. 3ème Séance du jeudi 18 de febrero de 1999.

⁷⁰⁶ Prólogo al libro *La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones*, de J. M^a Chillón y G^a Escobar. Madrid. 2001.

⁷⁰⁷ Apunta así J. Tornos el desdoblamiento del poder ejecutivo entre funciones clásicas o tradicionales y funciones regulatorias a través de entes especializados y descentralizados, que no responden al esquema jerárquico clásico.

Reflexión de la que insisto participamos, si bien entendiendo en todo caso que estos entes, o al menos muchos de ellos, como en el caso de la Comisión Nacional de Energía, reúnen también una relación de sujeción y vinculación especial con el poder legislativo del que reciben en gran medida una legitimidad reforzada, de origen y ejercicio dado que ante él deben rendir cuentas siempre que les sea requerido, o a voluntad propia del órgano de gobierno de la Comisión.

regulatorias, de otra. Entendemos nosotros este desgajamiento en términos teórico-formales, es decir, tanto de salida de un órgano de la Administración Central a la institucional o descentralizada, que sería propiamente una división de una rama de un tronco común, un desplazamiento de su origen preexistente de acuerdo con la nueva configuración institucional de los órganos del Estado inducida por un proceso descentralizador y de creación de autoridades reguladoras como un desgajamiento por “creación” de una nueva Entidad, también de naturaleza administrativa⁷⁰⁸, que asuma funciones y competencias que tradicionalmente estaban residenciadas en la Administración Central del Estado, como la regulación de los sectores energéticos con una vocación de autonomía e independencia respecto del poder ejecutivo del cual depende.

Obvio subrayar que si bien la independencia y la descentralización no son términos sinónimos, ambos constituyen notas caracterizadoras a la hora de configurar los órganos reguladores, y se complementan en su naturaleza y misiones tanto orgánica como funcionalmente.

Desde el punto de vista de su conformación histórica, la existencia y ulterior adopción en Europa de la figura de las Agencias Reguladoras –dentro de las que existen como

No comparten esta opinión, sin embargo, otros autores como J.R. Parada Vázquez (*Las Administraciones independientes*), E. García Llovet (*autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho*, RAP nº 131, 1993), y Eva Desdentado Daroca (*La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*), para quienes es discutible el encaje de esta figura desde la perspectiva constitucional. También Juan de la Cruz subraya que “*en el caso de las Comisiones Independientes encontramos una excepción al principio constitucional de que el Gobierno dirige la Administración (art. 97 CE), lo cual nos enfrenta ante un déficit democrático representativo, que debe ser compensado con la calidad y especialización técnica de las funciones y con la imparcialidad, objetividad y sometimiento pleno a la ley y el Derecho (art. 103 CE) en el ejercicio de sus funciones normativas y de disciplina y control*”.

Una posición favorable a las mismas, por entender que de acuerdo con las exigencias de una Administración reformulada en sus fines de interés general, cuya existencia es conforme a Derecho, es mantenida por Sala Arquer (*El Estado neutral*) o T.R. Fernández (*Reflexiones sobre las llamadas autoridades independientes*).

⁷⁰⁸ Como ha subrayado Pierre Devolvé (“Le Droit Administratif”, 3ème édition. Editions Dalloz, 2002, págs. 14-15), la independencia que se predica de estas Entidades dice razón de “*ausencia de sumisión al Gobierno, pero no excluye en modo alguno la naturaleza administrativa del Organismo en sí mismo. Así, estas autoridades no disponen de personalidad jurídica propia, distinta del Estado: se insertan en una estructura estatal; no tienen estatuto legislativo ni jurisdiccional*”. En parecidos términos se ha expresado el Consejo de Estado francés con relación a la figura del Médiateur (10 julio 1981, Retail, 1981, 1441) y el Consejo Constitucional de Francia en los Asuntos CC 86-224, 23 de enero de 1987; y CC 89-260, 28 de julio de 1989, entre otros.

veremos posteriormente distintos modelos— trae causa del sistema jurídico—administrativo existente en los Estados Unidos desde comienzos del pasado siglo XX, aplicándose a todos los sectores de *public utilities*, incluso con características de plurisectorialidad (transportes, telecomunicaciones y energía)⁷⁰⁹.

Aunque no existe unanimidad doctrinal tanto sobre la denominación de este tipo de entidades u órganos como sobre sus notas delimitadoras, no parece dudarse de la vinculación de la creación de los mismos con la puesta en marcha de los procesos de liberalización o libre competencia de los sectores sobre los que se proyecta su actuación.

⁷⁰⁹ Richard J. Pierce Jr. y Ernest Gellhorn, sitúan el comienzo de la historia de las Comisiones Reguladoras norteamericanas en la Rhode Island Law de 1839. *Regulated Industries*, Richard J. Pierce Jr. y Ernest Gellhorn. West Group St. Paul, Minn. 1999. Jan G. Laites y Joseph S. Tomain, la sitúan, sin embargo, en la Decisión del Tribunal Supremo Americano en el Asunto Munn v. Illinois (1876), que dio lugar a una serie de Sentencias de análogo sentido: Smyth v. Ames (1898); Missouri ex rel. Southwestern Bell Tel. Co. v. Public Serv. Commission (1923); etc., en *Energy and Natural Resources Law*, págs. 408-409. West Publishing. USA. 1992.

En el período del New Deal las Agencias reciben un nuevo impulso institucional existiendo, entre otras, the Commodity Exchange Commission; the Wage and Hour Division of the Department of Labor; the Federal Deposit Insurance Corporation; the Social Security Board; o the “Securities and Exchange Commission”, creada por la “Securities Exchange Act” de 1934, que configura un órgano compuesto por cinco Comisionados nombrados por el Presidente de la Nación, igual que la formación que diseñó años más tarde la Atomic Energy Act para crear la Atomic Energy Commission, precursora de la Nuclear Regulatory Commission en 1974. 42—United States Code 5841.

En V. López-Ibor Mayor: Apuntes sobre la liberalización eléctrica en Estados Unidos, Revista Política Exterior, 1998, núm. 63, hago alguna consideración sobre este hecho, señalando que: “Para poder entender la organización eléctrica en Estados Unidos es necesario hacer con carácter previo alguna consideración. Por una parte, sobre la propia organización constitucional norteamericana, de la que derivan en términos jurídico—políticos, las relaciones entre la Federación y los Estados, y su proyección en la esfera económica y, a partir de ella en particular, en la regulación eléctrica; y por otra, sobre la diferente terminología y tradición jurídica norteamericana en los términos señalados, que se expresa, por ejemplo, en el especial papel asignado a las Comisiones reguladoras, como agencias independientes de los Departamentos de Estado, en ámbitos centrales de la realidad económica de aquella nación...”

... La nota que define las relaciones entre la Federación y los Estados es, en primer lugar, el carácter limitado de las competencias de la Federación, de manera que sus poderes son enumerados limitativamente en la Constitución, siendo la regla el otorgamiento de competencias en favor de los Estados. Es igualmente el carácter negociador o contractual en las relaciones entre ambos poderes, lo que dota de dinamismo el entendimiento mutuo, especialmente en materia de regulación de los asuntos económicos.

Este diseño jurídico—constitucional se refleja en el modelo de organización y competencias del sector eléctrico norteamericano. El sistema queda regulado en dos niveles o esferas de actuación: en los Estados, a través de las Comisiones Públicas Reguladoras (las Public Utilities Commissions) y, desde la Federación, por medio de las facultades de ordenación atribuidas a la Comisión Reguladora Federal (FERC). Así pues, las PUC presentes en cada Estado fijan las tarifas eléctricas que se aplican a los consumidores finales, mientras que la Comisión Federal retiene las prerrogativas o competencias sobre las redes interestatales”.

Y éste es precisamente, a nuestro juicio, el hecho fundamental: las Comisiones Reguladoras vienen a completar y, en algunos casos a reemplazar, el papel asignado a otros órganos de la Administración Pública, tratando de reforzar la orientación y seguimiento regulatorio de los sectores, gracias a su elevada especialización técnica y para ello precisan que la nueva Administración institucional creada responda en sus competencias con mucha mayor flexibilidad funcional.

A juicio de Jean-Philippe Colson, dado que son independientes de los poderes públicos, estas autoridades administrativas constituyen el nuevo soporte jurídico de una regulación que se aleja de las reglamentaciones administrativas clásicas. La función esencial de las autoridades administrativas independientes⁷¹⁰ es asegurar una regulación social, pragmática y evolutiva, admitiendo una cierta participación de intereses y traduciéndose, como señala Cohe-Tanugi, en una mayor apertura al proceso normativo de la sociedad civil. En el mismo sentido, y referido a la inserción de esta figura en el derecho británico, se manifiestan W. Wade y C. Forsyth⁷¹¹. Nidia Karina –al examinar el desarrollo de esta figura en otro ámbito territorial: el de los procesos de liberalización que han tenido lugar en diversos países iberoamericanos y, en particular, el caso argentino– considera que, en líneas generales, los entes reguladores han sido creados con la misión de alcanzar los siguientes objetivos:

- Proteger a los usuarios.
- Promover la competencia leal y efectiva en la industria o actividad regulada.
- Velar por el cumplimiento de los contratos de concesión o licencia y de los marcos regulatorios.

⁷¹⁰ A juicio de Sala Arquer (*El Estado neutral*), la mayor parte de las Administraciones independientes pueden encuadrarse en uno de los siguientes tipos: a) Administraciones independientes por razones técnicas o económicas; y b) Administraciones cuya independencia se considera necesaria para garantizar derechos fundamentales.

⁷¹¹ Ver Sir William Wade & Christopher Forsyth. *Administrative Law*. Fifth Edition. Oxford. 2000.

- Asegurar la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad de los servicios regulados.
- Controlar el cumplimiento de los planes de inversión comprometidos.
- Fomentar la expansión de las industrias y un paulatino y sostenido incremento en el número de usuarios.
- Controlar la calidad de los servicios que se prestan.⁷¹²

Entendemos, por nuestra parte, que en síntesis los objetivos podrían reducirse a dos fundamentales: control de la calidad de los servicios y protección de los usuarios, y para ello es necesario, en primer término, promover la competencia y dar cumplimiento a los restantes requisitos o instrumentos enunciados por Nidia Karina.

En síntesis cabe concluir esta parte introductora, señalando que las Agencias Reguladoras son entidades independientes del Gobierno central, concebidas con una estructura pequeña, eminentemente técnica, y con autonomía jurídica, financiera y administrativa. Desempeñan unas funciones regulatorias enfocadas en un sector determinado.

Las Agencias Reguladoras son creadas por el legislador en la mayoría de ocasiones, con unas funciones precisas. Las decisiones de las Agencias son actos administrativos sujetos al control judicial posterior, propio de cualquier actuación administrativa. La creación y puesta en marcha de las Agencias provoca una correlativa disminución de las potestades y funciones de los Ministerios encargados del sector objeto de regulación.

Cabe apuntar esquemáticamente algunas ventajas e inconvenientes de esta figura:

⁷¹² Nidia Karina Cicero. *Servicios públicos: Control y Protección*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. 1996.

Ventajas:

- (i) Conocimiento Técnico del sector.
- (ii) Decisiones independientes de posturas políticas, siempre y cuando se logre consolidar una estructura institucional plenamente independiente del Gobierno.
- (iii) Decisiones tomadas a largo plazo al margen de los cambios de Gobierno y el carácter de la alternancia política general.
- (iv) Rápida instancia semi-judicial al tener potestad de investigar, decidir y sancionar los agentes del sector.

Desventajas:

- (i) Mayor tamaño del Estado.
- (ii) Peligro de ser capturadas por los Agentes del mercado.
- (iii) Limitada “*accountability*”. Responsabilidad por sus decisiones regulatorias.
- (iv) Pueden colisionar fácilmente con las competencias de otras Agencias regulatorias del Estado u otras entidades como Ministerios o Entidades locales, cuando no exista claro deslinde de competencias y funciones o asuma un papel fundamentalmente consultivo.

Las funciones básicas de las Agencias Reguladoras son:

1. Proponer nuevas normas regulatorias y/o modificaciones a las existentes.
2. Imponer sanciones.
3. Dictar normas reglamentarias en los aspectos técnicos, operativos y funcionales del Servicio.
4. Controlar y garantizar la calidad técnica de los servicios.
5. Establecer mecanismos de defensa del usuario y de la comunidad en general.
6. Resolver en instancia administrativa los conflictos que se planteen entre las partes interesadas.
7. Fijar aranceles y tarifas por servicios propios.

En Europa la adopción de este modelo en el sector eléctrico no tuvo lugar hasta la Electricity Act de 1989, si bien el diseño escogido por el legislador británico fue, en principio, el de un órgano de la Administración Central adscrito orgánica y funcionalmente al Secretario de Industria y Comercio⁷¹³, y no el de uno colegiado de características análogas a las que ofrecían los órganos reguladores en los diferentes Estados de los Estados Unidos o a nivel federal. Veamos ahora, con más detenimiento, la conformación y competencias de las Agencias Reguladoras independientes en los Estados Unidos, en los países de la Unión Europea y, por consiguiente un posible esbozo como conclusión, de la tipología existente de este tipo de figuras institucionales.

1.2. Los modelos de Agencias Reguladoras en Estados Unidos y la Unión Europea.

A) *Agencias Reguladoras en Estados Unidos.*

Las Comisiones o Agencias reguladoras son tributarias en su origen de la legislación de los Estados Unidos de Norteamérica. Es ahí donde se produce, poco tiempo después de la fundación de la Unión, y con ello, la creación constitucional de la Nación, el florecimiento de la Agencias encargadas de los principales servicios públicos existentes a finales e incluso a mediados del siglo XIX.

La razón de la aparición y desarrollo de las Agencias reguladoras, se encuentra motivada por dos razones: Una de naturaleza económica, como es el desarrollo de las infraestructuras materiales principales que empiezan a permitir una cierta cohesión y comunicación entre los diferentes territorios y Estados de Norteamérica, y de manera principal como exponente de estas nuevas infraestructuras, el desarrollo del ferrocarril a mediados del siglo XIX; y de otra parte una razón de naturaleza legal. El principio legal

⁷¹³ Como señala David Parker, aunque las Oficinas de Regulación están técnicamente dentro del Gobierno, el regulador no es un funcionario y cada uno de ellos tiene un importante número de poderes discrecionales, que permiten que se les califique como “reguladores independientes”., añadiendo a reglón seguido que “en realidad los reguladores (Oftel, Ofgas, Ofwat y Offer) no disponen de total independencia y , teniendo en consideración que sus poderes de supervisión recaen sobre industrias esenciales, la independencia plena no es, en su opinión enteramente deseable....si bien los reguladores en el Reino Unido han adquirido un importante nivel de independencia – no plena, - respecto de las posibles interferencias políticas. Independencia que se ve reforzada por la profesionalidad de los responsables de este tipo de órganos.

tiene su causa en la jurisprudencia de los Estados Unidos, y de manera muy significativa en el asunto *Munn versus Illinois*, dictado en el año 1877 cuando el Tribunal Supremo de los Estados Unidos señaló que cuando las actividades propias de una empresa privada afectan al interés general, la entidad privada o la entidad prestataria de ese servicio o de ese bien, queda sujeta a la regulación estatal. Esta decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos precisó por tanto el derecho a una regulación y legislación estatal para regular aquellas materias donde se detectaba la existencia de un interés público, y en el caso particular al que quedaba referido la sentencia se trataba de las tarifas de los ferrocarriles, iniciándose así una doctrina de interés público en el ámbito del Common Law. El Tribunal también afirmaba que el legislador federal podría delegar el derecho a regular esta materia a favor de una Agencia Reguladora.

Encontramos la primera Agencia Reguladora en el Estado de Rhode Island en el año 1839, con la creación de la Rhode Island Rail Route Comisión (Comisión para los ferrocarriles). También existen otras Comisiones Reguladoras a mediados del siglo XIX, como es la Comisión Reguladora de Connecticut en el año 1853, la denominada Connecticut Office of Rail Route. Y también encontramos en esa misma época, entre otras, las Comisiones Reguladoras de Nueva York, bajo la denominación de New York Board of Rail Route Commission en el año 1855. O la Comisión de Illinois, bajo el nombre de Illinois Rail Route and Wheelhouse Comisión del año 1871, el mismo año en el que se crea también la Comisión Reguladora de Ferrocarriles en el Estado de Minnesota. Al mismo periodo corresponden las Comisiones de Kansas, también destinada a la regulación de los ferrocarriles, la Comisión de Louisiana, la Comisión de Massachusetts, la Comisión de Georgia, o la Comisión de Arkansas bajo la denominación de Arkansas Rail Route Commission.

Desde la perspectiva de la regulación general de la Nación, es decir, la legislación federal, debemos tener en cuenta que junto a las Comisiones Reguladoras antes mencionadas propias de los diferentes Estados de que se compone la Unión, en el año 1887 se constituye la Interstate Commerce Commission, con competencias a nivel Federal. También desde el punto de vista de legislación federal debemos hacer mención a distintas Comisiones reguladoras o Consejos que tienen por misión principal el efectuar funciones de vigilancia, de control o de supervisión de determinadas actividades o servicios públicos

económicos. En este sentido se crea la Civil Aeronautics del año 1938, la Federal Power Commission del año 1930, y se dicta la Federal Power Act del año 1935 que refundará la Federal Power Commission (FPC).

Así pues, las Public Utilities Commission o Public Services Commission o sus equivalentes, existen en todos los Estados. Si bien tales Comisiones y Agencias muestran distintas tipologías en cuanto a su composición y competencias, la mayoría regulan la energía, junto a otros servicios públicos, como las telecomunicaciones, y otras áreas del comercio estatal. Cada una de ellas está dirigida por un Colegio de Comisarios, muy excepcionalmente nos encontramos con que no existe un órgano colegiado en sentido propio sino un órgano unipersonal. Varían en su composición de entre tres y siete miembros que vienen a ser nombrados por los Gobernadores de los Estados y las Cámaras de cada Estado. Cada Comisión tiene asimismo potestades cuasi jurisdiccionales y cuasi legislativas, y desde el punto de vista organizativo interno cuenta con un Staff de profesionales a su servicio.

(i) *Los Colegios de Comisarios en los Estados Norteamericanos.*

La mayor parte de las Comisiones Reguladoras en los Estados Unidos, cuentan entre tres a siete miembros o comisionados. Así, la Public Utility Commission de Colorado cuenta con tres Comisarios designados por el Gobernador del Estado y confirmados por el Senado, de acuerdo con la Utility Act de 1913 que crea la Public Utility Commission que sigue existiendo con la misma nominación hasta el momento presente. Con el mismo número de Comisarios se encuentra la Idaho Public Commission constituida en 1951, que sigue el mismo procedimiento de designación de los comisionados por el Gobernador y confirmados por el Senado estatal. El mismo número de Comisarios cuenta el Estado de Virginia, aunque la denominación de esta Comisión sea diferente “*State Corporation Comisión*” que fue creada en el año 1902 reemplazando otra inicial que existió a finales del siglo XIX, y es la oficina del Rail Route Commissioner que entonces era una figura individual. La Virginia State Corporation Commission cuenta con tres Comisarios elegidos por Asamblea General, es decir, por el Parlamento Estatal por un periodo de seis años, admitiendo una prórroga en el cargo de algunos de los Comisarios o de todos ellos por un periodo de dos años. En parecidos términos acontece el nombramiento y composición de la Comisión existente en el Estado de Michigan, que recibía inicialmente el nombre de Michigan Public Utilities

Commission en el año 1919, pero que vio modificarse este nombre en el año 1939 por el de Michigan Public Service Commission. El nacimiento de aquella Comisión era de carácter análogo al de las Comisiones reguladoras de los primeros años de creación en los Estados Unidos como era regular las tarifas y las condiciones del servicio de los ferrocarriles cuyo perímetro de actividad se desarrollaba en el Estado de Michigan. En la actualidad la Comisión de este Estado cuenta con tres Comisarios elegidos por un periodo de seis años, siendo el Presidente designado a propuesta del Gobernador del Estado.

El Estado de West Virginia conoce su primera Commission reguladora en el año 1913 para regular también el ámbito de los ferrocarriles y las concesiones en la esfera de la construcción de infraestructuras. Cuenta hoy con tres miembros designados también por el Gobernador por un periodo de seis años. En iguales términos la Public Utilities Commission de Nevada que cuenta con tres miembros designados por el Gobernador por un periodo de cuatro años.

También la Comisión de Oklahoma que recibe el nombre de Corporate Commission de Oklahoma cuenta con tres Comisarios por un periodo de tres años, al igual que en la Public Utility Commission de Oregón. Sigue idéntico modelo la Comisión reguladora del Estado de Washington, cuyos miembros son designados por el Gobernador del Estado y confirmado por el Senado, por un periodo de seis años.

Un número mayor de Comisarios los tienen los Estados de Minnesota, Georgia, Delaware, New México y Nueva York, ya que cuentan todos ellos con cinco Comisarios. En el Estado de Delaware, la Public Service Commission creada en el año 1949 mantiene el número de cinco Comisarios designados por el Gobernador y confirmados por el Senado. La Comisión reguladora de Minnesota bajo la denominación de Public Utilities Commission que es heredera de la Rail Route Commission del año 1841, cuenta con cinco Comisarios designados por el Gobernador por un periodo de seis años, y con una Comisión que admite también la existencia de un Secretario Ejecutivo; el mismo número de Comisarios tiene como antes señalábamos, la Public Regulation Commission de New México que cuenta con cinco Comisarios elegidos por distritos por un periodo de cuatro años renovables por un periodo adicional; El Estado de Nueva York a través de la Public Service Commission cuenta con cinco miembros designados por el Gobernador por un periodo de seis años,

destacando la figura del Presidente que actúa en calidad de Chief Executive Officer. El Estado de North Island cuenta con siete miembros elegidos por un periodo de ocho años designados por el Gobernador del Estado, donde también el Presidente juega el papel Chief Executive Officer de la Comisión.

Todas las Comisiones reguladoras colegiadas cuentan con un Presidente, alguna de ellas prevén la figura del Vicepresidente, y un número reducido de ellas también contemplan la existencia de Directores ejecutivos, Secretarios Generales, y Consejos Asesores.

(ii) *Materias sobre las que recae la regulación.*

Las Comisiones Reguladoras Norteamericanas, si bien se centraron inicialmente en el ámbito de los ferrocarriles puesto que era el servicio público principal a finales del siglo diecinueve, con el desarrollo de los nuevos servicios públicos en lugar de irse creando sucesivas Agencias Reguladoras vinculadas a cada uno de los nuevos servicios públicos económicos, la mayor parte de los Estados federados lo que hacen es ampliar las competencias de la Agencia Reguladora preexistente a favor del conocimiento, el control y la supervisión de los nuevos servicios públicos que iban surgiendo en el ámbito económico. Así nos encontramos en que la mayor parte de las Agencias Reguladoras tienen competencias muy amplias, que alcanzan a la energía, el agua, las telecomunicaciones y el transporte, no sólo al transporte de ferrocarril, sino también a la concesión de infraestructuras como las autopistas o las autovías.

Sin carácter exhaustivo, pero entendemos que suficientemente descriptivo del amplio radio de acción en competencias y funciones reservadas a favor de las Agencias Estatales, podemos citar que la Agencia de Arkansas, la Public Service Commission, tiene competencias en los sectores eléctrico, de gas natural, de agua, ferrocarriles, de telecomunicaciones, de tráfico aéreo, de televisión, y de transporte en autobús. La Public Utility Commission de Colorado tiene competencias, no tan amplias como las anteriores, pero en el ámbito de las telecomunicaciones, de la electricidad, del gas, del agua y parcialmente en el ámbito de algunas empresas municipales bajo la denominación de Utilities y de las Asociaciones eléctricas. La Comisión Reguladora del Estado de

Massachusetts tiene competencia sobre la electricidad, sobre el gas, agua, y el transporte, si bien hace algunos años redefinió su actividad y en el año 2007 el preexistente departamento de Telecomunicaciones y Energía se ha separado en dos Agencias reguladoras una vez puesta en aplicación la Reorganization Act del año 2004. Una de las Agencias tiene encomendada las funciones de Telecomunicaciones y la otra Agencia le corresponden la regulación de los restantes servicios públicos y de manera particular, el ámbito energético.

La Agencia Reguladora del Estado de Washington tiene competencias en el ámbito también de la electricidad, de las telecomunicaciones, del gas natural, del agua, de los residuos, de los ferrocarriles, y de los residuos nucleares de baja intensidad, entre otras. Con parecidas competencias nos encontramos el New York Department o Public Service con competencias en el ámbito de la electricidad, del gas, de las telecomunicaciones, del agua, y de la industria del cable. Competencias similares nos encontramos en las Comisiones Reguladoras de West Virginia o en la Comisión Reguladora de Maryland o en la del Estado de Rhode Island.

B) Las Agencias Reguladoras en los países de la Unión Europea.

Los Estados Miembros de la Unión Europea comenzaron a incorporar a sus ordenamientos jurídicos internos la figura de las Agencias Reguladoras o mecanismos institucionales equivalentes, con ocasión, como dijimos anteriormente, de los primeros procesos de liberalización, apertura a la competencia, y/o privatizaciones, que tuvieron lugar después de mediados de la década de los años ochenta del pasado siglo. Hasta ese momento las competencias reguladoras en el ámbito del sector energético, y en la práctica totalidad de los sectores industriales de los Estados de la Unión Europea, recaían en los Ministerios o Departamentos Estatales correspondientes, sin perjuicio de las delegaciones intraestatales y por tanto, de las competencias propias que correspondieran a otras Administraciones en cada uno de los Estados Miembros, bien fuera a nivel territorial (Regiones, Comunidades Autónomas, Länder, etc.), autoridades Locales u orgánica e institucional.

De acuerdo con lo anterior, el surgimiento de las Agencias o Comisiones Reguladoras en el ámbito de la Unión Europea se debe fundamentalmente a dos tipos de razones, generalmente vinculadas entre sí. De una parte los ya citados procesos de desregulación,

liberalización, apertura a la competencia, privatizaciones o reestructuraciones del sector energético; Y de otra, su plasmación en el nuevo marco normativo de la Unión Europea, que trae consigo una cesión parcial de soberanía, o de competencias de los Estados adheridos a la Unión, aspecto este último en cierto modo, vinculado también al anterior.

A los efectos de nuestro interés en este trabajo, consideramos que es interesante establecer una triple distinción de las Agencias Reguladoras en el seno de la Unión Europea, que nos permita distinguir con la mayor claridad posible cuales son los perfiles institucionales de cada uno de estos grupos de Agencias, sus competencias y funciones:

- a) El bloque más numeroso –y más interesante, a nuestro juicio– de las Agencias Reguladoras lo constituyen las Comisiones Colegiadas, integradas por un conjunto entre tres a nueve Miembros que componen el Consejo de estos Colegios de Comisarios.
- b) El segundo grupo viene integrado por Órganos Unipersonales, en número mucho menos significativo en el conjunto de los países comunitarios, pero que tiene una gran importancia en razón de la trayectoria histórica seguida y por ser en buena medida en el Reino Unido el primer lugar en el que surgen las competencias formales y materiales de regulación energética.
- c) El tercer grupo que entendemos debe ser enunciado es el de aquellas Agencias de la Energía que se crean con dicho carácter pero tienen funciones limitadas en el ámbito de la regulación, aunque mantienen la denominación de Agencia, y que además, tienen por misión estudiar monográficamente algunos aspectos de la actividad económica energética, como el ahorro o la eficiencia energética.

Además, analizaremos también cuales son las competencias y materias fundamentales sobre las que recae la regulación, en este pequeño universo de las Agencias estudiadas. Si bien debemos poner ya anticipadamente de manifiesto que la mayor parte de estas Agencias tienen por misión única o exclusiva la regulación o la supervisión de funciones energéticas, es por tanto referidas únicamente a la electricidad o al gas natural, y por regla general, asumidas conjuntamente desde un mismo órgano supervisor. Es por tanto, poco habitual el

hecho de que las Agencias europeas incorporen dentro del radio de sus competencias materiales otro tipo de funciones o competencias que no sean las específicas del sector que les da nombre, a diferencia de lo que ocurre en la tradición de las Agencias Reguladoras de los Estados Unidos de Norteamérica.

(i) *Naturaleza y composición de las Agencias y Comisiones Reguladoras de los países de la Unión Europea.*

El primer bloque de Comisiones Reguladoras que nos proponemos desarrollar es el relativo a las Comisiones Colegiadas, es decir aquellas que disponen de un número plural de miembros, constituidos en forma de Consejo, en el que el Presidente adopta una posición de *primus inter pares*, rara vez disponiendo de voto dirimente o de calidad en dicho Órgano. Este grupo es el más numeroso entre las Agencias Reguladoras existentes y forman parte del mismo, entre otros, España, Francia, Finlandia, Dinamarca, Bélgica, Grecia, Italia, Irlanda, y la República Checa, Letonia y Lituania.

En Francia la Agencia Reguladora recibe el nombre de Comisión de Regulación de la Energía (Commission de Régulation de l'Énergie), y fue creada en el año 2000, si bien sucedió a una Comisión precedente, constituida pocos años antes cuyo nombre era Comisión de Regulación de la Electricidad. La Comisión actual creada por la Ley del 10 de febrero del año 2000, sobre regulación del sistema energético francés, tiene el carácter de Comisión Independiente, a la que se atribuyen las misiones generales que corresponden a las autoridades administrativas independientes responsables de la regulación de un determinado, sector económico abierto a la competencia, aunque también caracterizado por la presencia de operadores públicos, u operadores dominantes⁷¹⁴.

La Comisión Reguladora francesa está compuesta por siete miembros, dos de los cuales incluido el que tiene la designación de presidente, son designados por Decreto, otros dos son designados por el Presidente de la Asamblea Nacional Francesa, otros dos son designados por el Presidente del Senado de la República Francesa y, finalmente otro, es

⁷¹⁴ Ver: Ley de 10 de febrero de 2000 modificada por la ley de 3 de enero de 2003, y modificada parcialmente por la ley de 9 de agosto de 2004.

designado por el Presidente del Consejo Económico y Social. La Ley instituye que los miembros del Consejo sean elegidos en función de su cualificación en materias o bien legales o económicas o técnicos relacionadas con el ámbito energético. El mandato de sus miembros lo es por un período de seis años no renovables.

En Finlandia la figura existente recibe el nombre de Autoridad del mercado de la Energía y es un órgano que se subordina y depende del Ministerio de Comercio e Industria. Esta Autoridad Regulatoria en el mercado energético se instituyó en Finlandia con ocasión de la Ley adoptada en el año 1995 para el sector eléctrico, que luego pasó a ampliar sus funciones a todo el conjunto de la energía el 1 de agosto del año 2000.

La Comisión Reguladora Finlandesa, en el año 2004 con ocasión de una nueva disposición legal, extendió sus competencias de índole energética a las funciones propias de Autoridad, al Comercio Nacional de las Emisiones en Finlandia.

En Dinamarca la Comisión Regulatoria recibe el nombre de Autoridad de Regulación de la Energía y adopta también la naturaleza de un Órgano Independiente en el ámbito del sector energético, electricidad, gas natural, y también en el del District Heating, o calefacción.

Los miembros de la Comisión Reguladora Danesa son nombrados por el Ministro de Transportes y Energía por un periodo de cuatro años. Esta Comisión regulatoria se creó por Ley el 1 de enero del año 2000 y reemplazaba el Comité de Precios para la electricidad, el gas y la calefacción que había existido hasta ese año con funciones cuasi regulatorias. Sus miembros cuentan un periodo de designación de cuatro años.

En Bélgica existe un organismo Federal para la Regulación de los Mercados del Gas y de la Electricidad que recibe el nombre de Commission de Régulation de l'Électricité et du Gaz (CREG). La singularidad de este Órgano es que su funcionamiento está apoyado o asegurado fundamentalmente por un Comité de Dirección, y que junto al mismo existe un Órgano Asesor que recibe el nombre de Consejo General, que realiza una cierta función de Consejo de Administración del citado Comité de Dirección u Órgano Ejecutivo, y supervisa su actividad.

El Organismo Autónomo Belga fue creado por la Ley de 29 de abril de 1999 relativa a la Organización del Mercado de la Electricidad; y a la Ley de 29 de abril de 1999 también relativa a la Organización del Mercado de Gas y al Estatuto Fiscal de los Productores de la Electricidad. Como decíamos los dos Órganos internos de la CREG son el Comité de Dirección que asegura la gestión operacional del organismo y el Consejo General en el que están representados los distintos sectores vinculados con la energía en Bélgica. En cuanto a la composición del Comité de Dirección está formado por un Presidente y tres Directores. Y el Consejo General está compuesto por un Presidente, un Vicepresidente y un amplio grupo de Miembros unos en representación de los poderes públicos; otros en representación de los trabajadores y de los pequeños y grandes consumidores; otros en representación de Organismos de la Industria, del Sector bancario o del Sector de los seguros que también tienen presencia en el Consejo central de la economía; otros como representantes de los Productores de gas o de electricidad; otros como representantes de los Operadores de las Redes de Distribución; finalmente el último grupo por los representantes de los Suministradores; Asimismo cuentan con representación de las Asociaciones Medio Ambientales⁷¹⁵.

En Grecia existe también con el nombre de Autoridad Reguladora de la Energía, una autoridad administrativa independiente que goza de autonomía financiera y presupuestaria para el cumplimiento de sus funciones y actividades. La Autoridad Reguladora fue establecida en la Ley 2773/1999, que fue la norma de transposición al Derecho griego de las previsiones establecidas en la Directiva 96/92/EC. La Comisión Reguladora Griega es un órgano colegiado que está compuesto por siete Miembros.

La Comisión Reguladora italiana recibe el nombre de Autoridad para la Energía Eléctrica y el Gas, también con el carácter de órgano independiente establecido por la Ley 481 de 14 de noviembre de 1995 con el fin de regular y controlar los sectores de la electricidad y del gas. La autoridad italiana está compuesta por un Consejo formado por

⁷¹⁵ Ver: Ley 2773/1999, modificada por la Ley 2837/2000, y la Ley eléctrica 3426/2005 y Ley del gas 3428/2005 dictadas como normas de transposición de las Directivas. También el Decreto presidencial 139/2001 titulada: "Regulation for the international operation and Administration of RAE", por el que se crea la Comisión Reguladora.

cinco Comisarios: El Presidente y cuatro Miembros. Todos los Miembros del Consejo son designados por Decreto del Presidente de la República Italiana, siguiendo la nominación efectuada por el Consejo de Ministros sobre la base de una propuesta efectuada por el Ministerio de Actividades Productivas. Como ocurre en el caso español, las nominaciones de los candidatos son sometidas a los Comités Parlamentarios correspondientes para su valoración y escrutinio, antes del nombramiento y deben contar con una aprobación por parte de los precitados Comités de al menos dos tercios de los votos, es decir, se precisa mayoría cualificada para ser designado Comisario⁷¹⁶.

Los Comisarios en Italia deben reunir determinadas características de alta cualificación y experiencia profesional en el sector, de acuerdo con la Ley. Y sus nombramientos tienen un periodo de duración de siete años pero también con el carácter de no renovables.

Con el nombre de Comisión para la Regulación Energética se estableció en el año 1999 en Irlanda la Comisión Reguladora Responsable de la supervisión y la liberalización del sector energético. El Órgano Regulador Irlandés está compuesto por un Consejo formado por tres Comisarios⁷¹⁷. La República Checa cuenta con un órgano regulador también colegiado con un Presidente y cuya duración en el mandato es de cinco años⁷¹⁸.

En Lituania el Gobierno, desde el año 1995, estableció una figura con potestades regulatorias denominada “State Price Regulation Commission for Energy Resources” (Commission of State Regulation of Prices for Resources of Energy) que tenía por objeto la preparación de los métodos de cálculo de los precios de la energía y la inspección de los mismos, así como la supervisión general del desarrollo de estos sectores. Dos años más tarde el 10 de febrero de 1997 el Presidente de la República de Lituania designo cinco

⁷¹⁶ Ver: Ley de 14 de noviembre de 1995, modificada por la Ley 239/2004.

⁷¹⁷ Ver: (Irland) Electricity Regulation Act de 1999, modificada parcialmente por la Ley sobre el sector del gas (la denominada Interior Regulation Act) de 2002, y el Statutory Instrument (SI) 425 de 2004 y el 60 del 2005. Ver también, el Misión Statement Work Plan 2007, publicado el 16 de febrero de 2007, sobre la Comisión de Regulación de Energía.

⁷¹⁸ Ver: (R. Checa) Act n° 458/2000 “On business conditions and Public Administration in the Energy Sectors and on amendment to other laws (The “Energy Act”)” modificada por Act n° 151/2002 coll., Act n° 262/2002 coll.; Act n° 309/2002 coll., Act n° 278/2003; Act n° 356/2003 y Act n° 670/2004.

miembros del órgano colegiado de este país. Y en abril del año 2002 al comenzar el segundo periodo de desarrollo del mandato de la Comisión, se designaron dos nuevos miembros de la misma.

Especialmente interesante nos parece la configuración del Organismo regulador de la república de Letonia. Órgano colegiado que recibe el nombre de Consejo de Regulación Energética creado de acuerdo con la Ley 394/ 395, del 7 de noviembre del año 2000, y de conformidad con lo establecido en su sección tercera titulada “La Regulación de los Servicios Públicos”, y la sección séptima “La Regulación en el Estado de los Sectores Públicos”. El capítulo octavo de la citada norma bajo la denominación de “Composición de Actividades del Órgano Regulador” señala que está integrado este organismo por un Presidente y cuatro miembros designados de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley como Órgano Ejecutivo al que le corresponde las funciones propias de la regulación, pero no sólo en el Sector Energético sino también en todos aquellos sectores en los que existe regulación de Utilities (telecomunicaciones, servicios postales, agua, ferrocarriles, y energía)⁷¹⁹.

El segundo bloque de órganos Reguladores al que aludíamos viene representado por aquellos que tienen un carácter unipersonal, y dentro de ellos cabe destacar el Reino Unido y Holanda. Holanda instituyó la que recibe el nombre de la Oficina para la Regulación de la Energía con competencias en el ámbito de la regulación específicamente energética, y también de la competencia y de la evaluación de operaciones de fusión y adquisición, entre otras. Está gobernada por un Director y creada con ocasión de la Electricity Act del año 1998, que amplió su actividad con una nueva Disposición legal del año 2001. Más importante es naturalmente por su trayectoria, naturaleza y competencias el organismo regulador de Inglaterra, denominada en la actualidad OFGEM que está formada por un Director Ejecutivo y tres Managing Directors. Los poderes de esta autoridad regulatoria provienen de la Leyes Gasistas del año 1986, de la Electricity Act del año 1989, de la Utilities Act del año 2000, de la Competition Act del año 1988, y de la Enterprise Act del año 2002.

⁷¹⁹ Ver: Ley “Regulators of Public Services” publicado en 2000, Ley 394/395, de 7 de noviembre de 2000, seguido de modificaciones parciales por las leyes de 10 de mayo de 2001 y 27 de septiembre de 2001, respectivamente.

En Alemania la Comisión Reguladora no existe en sentido propio en el ámbito de la energía, y las funciones en la misma están divididas entre distintos Organismos tanto de carácter Estatal como Federal, y en el Órgano de Competencia existente en la República Federal Alemana el BundesKartell.

Otros países reconocen bajo la denominación de Agencias Energéticas a Organismos que tienen funciones no propiamente reguladoras sino más vinculadas al desarrollo de la eficiencia energética, de la promoción de las energías renovables, y las competencias que se encuentran en la intersección entre la energía y el medio ambiente. Tal es el caso de la Agencia Energética Austriaca que fue fundada en el año 1991 y que tiene funciones de desarrollo y de programas en el ámbito de la investigación y el desarrollo del uso racional de la energía, y de las energías renovables. Con parecido carácter nos encontramos a la Agencia Sueca de la Energía creada en el año 1998, y que tiene por objeto el desarrollo de la promoción de actividades energéticas sostenibles.

C) La regulación de las Agencias Independientes energéticas en la legislación comunitaria.

La recepción de esta figura por las instituciones comunitarias es, asimismo, una pieza clave del modelo de liberalización o apertura a la competencia. En efecto, la Comisión Europea ha subrayado en los dos Libros Verdes publicados hasta la fecha sobre política energética, la necesidad de crear estos organismos para garantizar el cumplimiento de las exigencias del interés general en las liberalizaciones energéticas. Este mismo principio y objetivo ha sido reiterado en numerosas reuniones de Consejos Europeos. Las Conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa recuerdan que entre los principios que pueden ayudar a definir las necesidades de los usuarios en materia de servicios de interés general está “*la existencia o necesidad de órganos de reglamentación independientes de los operadores*”⁷²⁰ y

⁷²⁰ Conviene destacar que en la normativa comunitaria el concepto de independencia se formula siempre respecto de los operadores, tanto de las actividades de generación, como de transporte o distribución. Sin embargo, como hemos visto anteriormente, en la doctrina y en los antecedentes estudiados, la independencia no se predica tanto respecto de los agentes económicos como del Gobierno o la propia Administración pública de la que depende la propia Agencia, resaltando la creciente autonomía que se le otorga para tomar decisiones respecto al poder ejecutivo. Sólo en la Comunicación del Comité Económico y Social de 17 de octubre de 2001, que se cita en la Nota 433, se pone de relieve la necesidad de profundizar en el funcionamiento

de vías de recurso sobre la forma de mecanismos de tratamientos de los recursos y de la reglamentación de los litigios”, y en la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés económico general del año 2000, se insiste en la misma idea con similar formulación⁷²¹.

Más importante y clarificador es el artículo 20.3 de la Directiva 93-96, residenciando dentro del Capítulo central de la norma, el VII sobre organización de acceso a la red y resolución de conflictos, al señalar que *“Los Estados miembros designarán una autoridad competente, independiente de las partes, para la resolución de los conflictos relacionados con los contratos y las negociaciones de que se trate. Dicha autoridad resolverá, en particular, los conflictos relacionados con los contratos, las negociaciones y la denegación de acceso y de compra”*.

Debe subrayarse aquí que la independencia que reclama el derecho europeo en este punto es una independencia de los “operadores”, pero no una independencia formal de otro tipo. Se trata, por tanto, de una exigencia funcional indispensable, porque debe haber una neutralidad inexcusable de los reguladores en el ejercicio de su función respecto de los operadores, entendidos por tales cualquier tipo de actor económico de las diversas fases productoras de la cadena energética. Ahora bien, esta relación de no dependencia orgánica, ni funcional, ni directa ni indirecta, debería predicarse también de los partidos políticos y del Gobierno, a partir del momento en que el regulador inicia su función.

democrático de estas autoridades, haciendo participar en su toma de decisiones a los distintos agentes involucrados en el funcionamiento del sector.

⁷²¹ La primera Directiva sobre mercado interior eléctrico también se refería a esta necesidad en los Capítulos principales de la misma. El II sobre normas generales del sector al regular la generación, establece, al amparo del principio de subsidiariedad que inspira toda la norma, que “Los Estados miembros designarán una autoridad, un órgano público o un organismo privado independiente de las actividades de generación, transmisión y distribución de electricidad, que será responsable de la organización, el seguimiento y el control del procedimiento de licitación. Dicha autoridad u organismo adoptará cuantas medidas sean necesarias para garantizar que la información incluida en las licitaciones tenga carácter confidencial” (Art. 6.5). María Salvador Martínez (pág. 274, desde “En los procesos de liberalización” hasta pág. 275 ... “que se ha creado en Europa”).

En el mismo sentido se reconoce la posibilidad, que debería ser a nuestro juicio exigencia normativa, de recabar y supervisar la correspondiente información en materia de separación de actividades: *“Los Estados miembros, o cualquier otra autoridad competente que designen, o las autoridades de resolución de conflictos mencionadas en el apartado 3 del artículo 20, podrán acceder a la contabilidad de las empresas de generación, transmisión o distribución cuya consulta resulte necesaria para su misión de control”* (Art. 13 del Capítulo VI Separación y transparencia de cuentas).

Igualmente y con carácter general se regula la obligación para los Estados miembros de *“crear mecanismos adecuados y eficaces para la regulación, el control y la transparencia con el fin de evitar cualquier abuso de posición dominante, en detrimento de los consumidores...”* (Art. 22).

Y la Directiva reforzaba, en mi opinión adecuadamente, la misión de las Entidades reguladoras independientes o descentralizadas, vinculando sus competencias a un elemento clave de la regulación en el sector energético como es la fijación de tarifas, y la determinación de las condiciones de acceso –económicas, técnicas y jurídicas- de los operadores en las redes, así como las correspondientes facultades de resolución de los conflictos o reclamaciones que se plantean por denegaciones de dicho acceso⁷²².

El Considerando 13 señala que *“las autoridades reguladoras nacionales deberán adoptar medidas para garantizar que las tarifas compensatorias no sean discriminatorias y reflejen los costes”*.

⁷²² El Comité Económico y Social, en su Dictamen de 17 de octubre de 2001, señaló que:

“1. Cabe esperar que la creación de autoridades reguladoras nacionales en todos los Estados miembros y la asignación a estas autoridades de la capacidad de determinar o de aprobar las tarifas para el acceso por terceros a las redes supone una importante garantía de transparencia y de ausencia de discriminación, por lo que el Comité quiere señalar su apoyo a las mismas. Ello sin perjuicio de esperar con atención los resultados del informe que se presentará en el Consejo Europeo de Barcelona.

2. La utilidad de la existencia de esta figura la corrobora el hecho de que prácticamente todos los países de la Unión Europea han creado sus autoridades reguladoras nacionales, que les permiten actuar “ex-ante” y en unos casos, por propia iniciativa, a diferencia de otro tipo de organismos que sólo actúan una vez cometida la infracción.

3. Las funciones que la propuesta de directiva otorga a las autoridades reguladoras nacionales son suficientemente amplias al incluir, además de la determinación o de la aprobación de las tarifas de acceso a la red, la garantía del cumplimiento de las obligaciones de servicio público por parte de las empresas y la gestión de la congestión a escala nacional.

4. Sin embargo, debería plantearse la necesidad de que estas autoridades tuvieran un funcionamiento más transparente y democrático, haciendo participar en el proceso de toma de decisiones a los distintos agentes involucrados en los mercados de la electricidad y el gas natural (consumidores, trabajadores y empresas)”.

En el mismo sentido, ver el Informe sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 96/92/CE y 98/30/CE sobre normas comunes de los mercados interiores de la electricidad y del gas natural (COM(2001) 125–C5–0184/2001–2001/0077 (COD)) de 1 de marzo de 2002, y la Posición Común del Parlamento y del Consejo, como se analiza en el Capítulo III de esta obra.

Asimismo, el Considerando 14 establece que *“las autoridades reguladoras deben poder fijar o aprobar tarifas, o los métodos de cálculo de las mismas”*.

Además, en el articulado de la Directiva modificada se concreta esta reforma fijando sus responsabilidades en las tareas de *“supervisar continuamente el mercado con el objeto de garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado”*.

Esta responsabilidad se concreta a continuación en cinco tipos de control principales:

- a) El nivel de competencia.
- b) Supervisión de la seguridad del suministro.
- c) La separación efectiva de las cuentas.
- d) Las normas de gestión y adjudicación de la capacidad de interconexión en colaboración con las autoridades regulatorias de otros Estados miembros; así como la determinación de los mecanismos que resuelvan las congestiones en la red.
- e) Las condiciones de conexión y acceso a las redes incluidas las tarifas de transmisión y distribución.

Queda reservada, asimismo, a la Comisión una labor decisiva de resolución en primera instancia de reclamaciones o conflictos de acceso a la red, reforzando las previsiones ya establecidas en la Directiva, precedente.

En el ámbito de la doctrina francesa –como señala Andrés Betancor, quien ha estudiado detenidamente las distintas manifestaciones que esta figura ha tenido en el derecho de aquel país– las autoridades independientes se caracterizan por su misión de regulación social.

En la doctrina española, Gaspar Ariño escribía ya en 1993⁷²³ que sería muy conveniente ir pensando en nuestro país en la creación de Entes reguladores independientes, con poder propio sobre algunos sectores económicos (el sector financiero, el sector energético, las telecomunicaciones o el transporte parecen especialmente adecuados), señalando que estos órganos deben gozar de independencia respecto del Gobierno.

La independencia es en este tipo de entes un instrumento para la neutralidad y objetividad de su gestión, que es tanto como decir para su eficacia. Les permite ejercer, señala J.M. Ayllón, sus cometidos sujetándose exclusivamente a los criterios técnicos que la materia requiere [...] Su independencia orgánica, actúa como un presupuesto de su neutralidad, que la facilita, pero no se trata de una panacea⁷²⁴.

Coincidimos con esta posición en el sentido de que los términos en que se concibe el órgano pretenden asegurar su neutralidad y objetividad a la hora de conocer asuntos sectoriales de gran complejidad técnica, pero esa neutralidad para ser plena debe ir precedida de una verdadera especialización sectorial de un preciso conocimiento del alcance técnico de los asuntos que se someten al conocimiento, enjuiciamiento, decisión o arbitraje del órgano regulador.

Estarán vinculados, naturalmente, a las leyes y planes aprobados por el Parlamento y a las reglamentaciones que, en su caso, apruebe el Gobierno. Sus miembros –cinco, o siete o son un número suficiente– serían nombrados por el Gobierno (no es necesario, quizás, acudir a una mayoría reforzada del Congreso de los Diputados) por períodos fijos de tiempo⁷²⁵.

⁷²³ Ese mismo año el Tribunal de Defensa de la Competencia emitía un importante y expresivo Informe al respecto, abogando por la creación de organismos reguladores especializados: TDC *“Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios”*.

⁷²⁴ Juan Manuel Ayllón Díaz-González, *Derecho Nuclear*. Granada 1999. Editorial Comares. Pág. 690.

⁷²⁵ Al enjuiciar la composición de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico tras la reforma de la Ley 54/1997, S. Muñoz Machado entendía que era *“muy importante que al Consejo de Administración, compuesto por el Presidente y por siete Vocales, se incorpore también el Director General de la Energía, como Vocal nato, con lo cual la Administración directa del Estado tiene una posición estable en el Consejo de Administración de la Comisión. Sin duda que ello, añadirá, contribuirá a mejorar la información y la colaboración entre la comisión y el Ministerio. Pero tampoco es discutible que las posibilidades de influencia de la Administración estatal crecen y su conocimiento de los propósitos de la Comisión y sus procesos de*

Miguel A. Fernández Ordóñez ha señalado que “*en los procesos de liberalización de sectores monopolizados como los de telecomunicaciones y energía, cuando se quiera que parte de estas actividades pasen a someterse a un régimen de competencia, se hace inexcusable que un órgano independiente decida sobre los conflictos que se plantean entre las actividades en competencia y las que subsisten en régimen de monopolio, y así proteger no sólo a los consumidores sino también a los nuevos entrantes en el mercado frente a los antiguos monopolistas*”⁷²⁶.

Las Agencias Reguladoras constituyen pues la expresión institucional del nuevo modelo de supervisión administrativa de sectores regulados⁷²⁷ que confían a éstas las prerrogativas de vigilancia y control a fin de velar por la competencia efectiva en el mercado. La creación de las Agencias Reguladoras es, por lo anterior, una consecuencia asociada al nuevo modelo de reestructuración sectorial⁷²⁸, y cuya recepción e impulso por

decisión se incrementarán”. S. Muñoz Machado: *El servicio público y mercado. El sistema eléctrico*. Pág. 139.

⁷²⁶ Miguel Angel Fernández Ordóñez. Reflexión preliminar. *La regulación económica de los servicios públicos*. Miguel Ángel Lasheras. Ariel Economía. 1999.

⁷²⁷ La capacidad de llevar a cabo una adecuada supervisión de los sectores sometidos a regulación administrativa que cuentan, por lo general, con gran complejidad técnica, exige asimismo un permanente seguimiento de su actividad a fin de adecuar criterios, técnicas o instrumentos de regulación a cada caso. En el ámbito de los mercados financieros la Comisión Nacional del Mercado de Valores está obligada, en razón de su misión específica, a efectuar un seguimiento, en gran parte en tiempo real, de la formación de precios y volúmenes de negociación para todos los valores cotizados. El objetivo fundamental de esta tarea es asegurar la transparencia en las operaciones.

⁷²⁸ Aunque las valoraciones sobre la fundamentación o legitimidad, naturaleza y fines de las Agencias Reguladoras divide en gran medida tanto a la doctrina nacional como comunitaria o internacional, en aquellos países en que este modelo y figuras han sido acogidas, sí existe práctica unanimidad en que su nacimiento o creación debe vincularse al diseño e implantación de una política económica liberalizadora que persigue la apertura a la competencia de sectores o servicios “reservados” y que exige, plantea o trae causa de una profunda reestructuración sectorial. Por ello juzgamos de interés citar los estudios y análisis que sobre esta base nos parecen más significativos:

Ver J.M. Sala Arquer: *El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes*. REDA nº 42. 1984; Jiménez Cisneros: *Los organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*. Madrid. 1987; López Ramón: *El Consejo de Seguridad Nuclear, un ejemplo de Administración independiente*. RAP nº 126. 1991 ; Colhard-Timsit: *Les autorités administratives indépendantes*. París. 1988; Pomed Sánchez: *Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones independientes*. RAP nº 132. 1993; Betancor Rodríguez: *Las Administraciones independientes*. Madrid. 1994; J.M. Sala Arquer: *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*. Cuadernos Civitas. 2000; P. Sabowin: *Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle*. AJDA. 1983. 275; Tomás Ramón Fernández en : *Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes, y Parejo: La*

parte del legislador comunitario nos parece fuera de toda duda, y a la complejidad técnica y significación económica de determinados servicios públicos económicos⁷²⁹. El Banco Mundial, en su Informe ya reseñado en este libro, considera que es imprescindible establecer y fortalecer marcos y organismos reguladores de acuerdo con el nuevo papel asignado al Estado a consecuencia de los procesos de liberalización económica *“para emprender o completar la separación de los papeles del Estado de manera que pueda cumplir con sus nuevas funciones; y para que pueda avanzar simultáneamente con las reformas complementarias y en la creación de instituciones en campos claves para el funcionamiento de una economía de mercado, se precisa fortalecer la capacidad de los organismos gubernamentales en el diseño e implantación de políticas, establecer y/o fortalecer marcos y organismos reguladores con capacidad y autonomía”*⁷³⁰.

potestad normativa de las llamadas administraciones independientes: apunte para un estudio al fenómeno, ambos trabajos en la obra colectiva en homenaje al Profesor Clavero Arévalo, titulada *La Administración instrumental*, Vol. I; F. Gazier et Y. Cannac : *Etude sur les AAI*. EDCE. 1983/1984 n° 34, pág. 13; J. Chevalier: *Réflexions sur l'institution des AAI*. JCP. 1986. 6.3254; Joaquín Tornos: *Las autoridades de Regulación de lo Audiovisual*. Marcial Pons y Consell de l'Audiovisual de Catalunya. 1995; M.J. Guedon: *Les AAI*. LGDJ. Coll. Systèmes. 1991; Cohen-Tanugi: *Une doctrine pour la régulation*, *Le Débat*, Nov. Dec. 1988, pág. 58, donde se subraya la creación en 1976 del primer organismo calificado como autoridad administrativa independiente en el derecho francés: la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*"; Teitgen-Colly, C.: *Les autorités administratives indépendentes. Histoire d'une institution*, en Colliard C.A.; y Timsit, *Les autorités administratives indépendentes*. Press Universitaires de France. París. 1988; Pomed Sánchez, Luis Alberto: *Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes*. RAP n° 132. 1993; Sala Arquer, J.M.: *El Estado neutral*. Contribution al estudio de las Administraciones independientes. REDA n° 42. 1984; Lorenzo Martín-Retortillo: *Energía Nuclear y Derecho*. Instituto de Estudios Públicos. Madrid. 1962; Cassagne Juan C.: *Los nuevos entes regulatorios*. Revista Jurídica del Derecho. 19.9.1994; Charles F. Phillips Jr.: *The regulations of Public Utilities – Theory and Practice*. Third Edition. Virginia, EE.UU. 1993; Mac Avoy, P.W.: *The crisis of Regulatory Commissions: An introduction to the current issue of public policy*. New York. W.W. Norton and Company, Inc. 1970; National Council, 1993. *Profiles of Regulatory Agencies of the United States and Canada*. Washington D.C.: National Association of Regulatory Utility Commissioners; Navarro P. 1996: *Ten questions for the Restructuring Regulator*. The Electricity Journal; William Baumol, Paul Joskow, Alfred Kahn: *The challenge for federal and state regulators: transition from regulation to competition*. Electric Power, 1994.

⁷²⁹ En la Presidencia de R. Reagan la Orden Ejecutiva 12291 establecía la técnica denominada *regulatory impact analysis*, en función del efecto de la disposición sobre la economía, el incremento de los precios, o el impacto sobre la competencia, el empleo o la productividad. Esta tarea era llevada a cabo por la Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA).

⁷³⁰ Luciano Parejo, en línea con este planteamiento, ha escrito que la irrupción de este tipo de organizaciones administrativas *“guarda relación directa con la necesidad de ‘adaptación’ (en lo orgánico y en lo funcional) del Estado a la evolución económico-social y las consecuentes nuevas necesidades de ‘dirección’, ‘organización’ y ‘regulación’ que de ella resulta para el cumplimiento eficaz de la función de integración”* que corresponde al Estado. En la obra colectiva *“Administración institucional”*, Vol. I, 1994, 18–636, trabajo titulado *La potestad normativa de las administraciones independientes*. También se ha señalado como causa legislativa funcional *“procesos privatización”* ..., pág. 275.

A pesar del común denominador que estas entidades encuentran con la puesta en marcha de procesos de liberalización o apertura a la competencia, no existe un modelo o patrón único en su configuración, aunque debemos destacar la coincidencia esencial en las notas de descentralización.

García Llovet define las autoridades Administrativas independientes como *“aquellos entes que, dotados de potestades de ordenación para la realización de funciones de regulación sectorial y no general, ejercen éstas en un régimen de no dependencia respecto del conjunto del aparato administrativo del Estado”* ⁷³¹.

Así pues, desde el punto de vista de su tipología o configuración las Agencias Reguladoras pueden revestir las formas o modelos de aplicación siguientes:

1. Por su adscripción orgánica y/o funcional al Gobierno.

- a) Órgano o Agencia independiente orgánica y funcionalmente de la Administración Central.
- b) Órgano o Agencia independiente orgánicamente pero dependiente funcionalmente de la Administración Central.
- c) Órgano adscrito orgánica y funcionalmente a la Administración Central del Estado
- d) Órgano adscrito orgánica y funcionalmente a la Administración Central del Estado pero dependiente políticamente del Parlamento.

La OCDE distingue entre Agencias Reguladoras formalmente independientes, señalando como ejemplos de éstas, las correspondientes a Australia, Canadá, Finlandia, Irlanda, Italia, Portugal, Reino Unido y Estados Unidos, y Agencias independientes pero caracterizadas sustancialmente por desempeñar una función consultiva, tales serían los casos de Bélgica, Luxemburgo y España. Y Oficinas ministeriales dependientes de los Ministerios

⁷³¹ García Llovet: autoridades Administrativas independientes y Estado de Derecho. RAP nº 131.

o Unidades administrativas correspondientes pero ampliamente autónomas en su funcionamiento, supuesto al que, siguiendo a la OCDE, se ajustarían Hungría, Suecia, Holanda y Noruega⁷³².

2. *Por su carácter: Órgano colegiado, órgano unipersonal.*

Los órganos reguladores adoptan también en su representación variadas fórmulas de composición o integración de sus miembros, como hemos examinado puntualmente, al repasar estas figuras en el marco norteamericano y en las diferentes legislaciones de los países europeos.

En este sentido, existen tanto órganos unipersonales, como órganos colegiados en los que la responsabilidad y misiones de la función reguladora se comparte entre los distintos miembros que forman parte de la Agencia, actuando en régimen de corresponsabilidad colegiada siendo el Presidente un “*primus inter pares*” entre los miembros del Consejo de Administración del ente regulador, o bien reservando en favor del Presidente determinadas atribuciones cualificadas respecto del resto de los miembros del Consejo de Administración u órgano de gobierno de la entidad.

La mayor parte de las Administraciones Independientes y, en nuestra opinión, las que más adecuadamente se ajustan a su verdadera naturaleza reguladora e independiente, responden a una conformación plural o colegiada, tales son los casos en España de la propia Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones o la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Si bien, no podemos omitir, que en la actualidad, existe un proyecto legislativo que procura el agrupamiento, en una misma figura, de los reguladores “del mercado” (energía, telecomunicaciones⁷³³, sector postal,⁷³⁴

⁷³² Independencia del órgano de regulación respecto de los poderes públicos y de los operadores. Algunos órganos son, si no plenamente independientes del poder ejecutivo (por su ausencia de personalidad jurídica y frecuentemente –pero no siempre– de autonomía presupuestaria), al menos suficientemente autónomos para poder ser imparciales. A este respecto, la presencia eventual de un Comisario del Gobierno representando al Estado en ciertos órganos de regulación (la Comisión de regulación de la electricidad, el Consejo de Competencia, por ejemplo) no puede ser indiferente. Jean-Philippe Colson Drust: *Public Economique*. 3^{ème} édition. París. 2001.

⁷³³ Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de telecomunicaciones.

comunicación audiovisual,⁷³⁵ regulación del juego⁷³⁶, Comisión de regulación económica aeroportuaria,⁷³⁷ y las del sector ferroviario⁷³⁸), y de la autoridad o Comisión de Competencia.⁷³⁹

Existe, no obstante, la posibilidad no infrecuente en otros países de la Unión Europea, de formación unipersonal de este órgano, en los términos que ya hemos apuntado.

3. *Por el tipo de materia sobre la que recae la regulación.*

La materia responde, con carácter general, a sectores económicos generalizados que transitan de los monopolios o derechos exclusivos a la apertura a la competencia: energía, telecomunicaciones, audiovisual, o mercados financieros, si bien la gran diferencia estaba en limitarse o concentrarse un solo sector o subsector: energía o electricidad, por ejemplo, o extender estas funciones, acumulándolas, a otros ámbitos análogos, bien dando unidad de acción, por agregación subsectorial en determinadas áreas. Ej.: electricidad e hidrocarburos, en energía. O bien, añadiendo sectores regulados, pero de actividades económicas diferentes. O bien, por último, lo más inusual sumando o los anteriores, la Autoridad especializada en competencia.

⁷³⁴ Ley 23/2007, de ocho de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal.

⁷³⁵ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual

⁷³⁶ Ley 3/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego.

⁷³⁷ Real Decreto Ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria.

⁷³⁸ Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del sector ferroviario.

⁷³⁹ Ver, en tal sentido, el Anteproyecto de ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en cuya Exposición de Motivos se lee ...” Desde 2011 ha crecido notablemente el número de estos organismos. Hasta entonces eran cuatro: Comisión Nacional de la Energía; Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones; Comisión Nacional de Competencia y Comisión Nacional del Sector Postal. La Ley de Economía Sostenible previó la constitución de un quinto. Más tarde, se crearon la Comisión Nacional del Juego y la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria. A ellos hay que unir el Consejo Estatal de medios Audiovisuales, regulado en la Ley General de Comunicación Audiovisual.

A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional”.....”La situación actual en España, en la que coexisten ocho organismos supervisores vinculados a los mercados de productos y de servicios debe evolucionar hacia los modelos que se están implantando en los países de nuestro entorno....”

4. Por el ámbito funcional:

Existen casi tantos tipos de clasificación de funciones de los organismos reguladores como autores o especialistas que se han aproximado al estudio de esta figura. Algunos distinguen entre funciones normativas; funciones arbitrales entre los distintos agentes del mercado; funciones ejecutivas destinadas a establecer: la regulación de precios y fijación de tarifas, concesión de licencias y autorización de instalaciones, supervisión de estándares y condiciones de servicio y suministro, y supervisión de la conducta de las empresas en el mercado; y funciones operativas, que se concretan en solicitud de información a las empresas, e inspección y sanción⁷⁴⁰.

Sin embargo, la definición de estas funciones en todos los países es muy ambigua, está sujeta a la interpretación de la normativa de cada país y en cada caso el grado de competencias atribuidas al organismo regulador varía notablemente.

Suelen ser, sin embargo, establecerse como funciones comunes incluidas en todas las divisiones las relativas a:

- función arbitral en las relaciones entre los sujetos del sistema
- función normativa específica
- funciones ejecutivas con relación a la conducta competitiva de las empresas en el mercado.

Y, principalmente, se suele distinguir entre:

— Agencias Reguladoras que disponen de facultades o potestades de fijación tarifaria. Además de capacidad general para supervisar la actividad sectorial, velando por la transparencia de las actividades y transacciones y la libre competencia.

⁷⁴⁰ Santiago González-Varas considera que la Comisión ejerce funciones basadas en el Derecho de la Competencia, además de este tipo de funciones, añade, “*la Comisión ejerce otras propiamente públicas, de tipo consultivo, de regulación, inspección, solicitud de informaciones*” (véase el amplísimo art. 8 de la Ley del Sector Eléctrico, pág. 327). Santiago González-Varas Ibáñez *Los mercados de interés general: telecomunicaciones, servicios postales, energéticas y de transportes*. Comares. 2001.

— Agencias Reguladoras con capacidad consultiva en materia de fijación de tarifas.

En la Unión Europea este planteamiento recibe un importante impulso con la elaboración del segundo y tercer paquete legislativo, que se expresa fundamentalmente en tres capítulos:

- a) Mediante la creación de una Agencia Europea⁷⁴¹.
- b) Mediante el refuerzo y la extensión de los poderes de regulación de las autoridades nacionales.
- c) Mediante el fomento de la cooperación de los gestores de red.

En el primer caso, el más relevante desde el punto de vista institucional y el más difícil de encajar, tanto en el ordenamiento jurídico comunitario actual, como —vía transposición de la norma— en el de los Estados miembros, es la creación de la Agencia.

El antecedente operativo de la Agencia es el denominado ERGEG (o Grupo de Organismos Reguladores Europeos de la Electricidad y el Gas), creado en 2003⁷⁴², por la Comisión Europea como un “Grupo consultivo independiente”, como el Comité Consultivo existente desde hace más de quince años en materia de contratación pública y regulada. El ERGEG tiene a su vez como antecedente necesario y verdadera causa habilitante de su creación, el “Consejo Europeo de Reguladores de Energía”, constituido en el año 2000 y presentado formalmente el mismo día de la aprobación de su Acta de Constitución a la Comisaria de Energía.

⁷⁴¹ Ver también Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, DO C-211, de 19.8.2008, y del Comité de las Regiones, DO C-172, de 5.7.2008.

⁷⁴² Decisión 2003/796/CE de la Comisión, de 11 de noviembre de 2003, por la que se establece el Grupo de organismos reguladores europeos de la electricidad y el gas (DOCE n° L-296 de 14.11.2003).

La propuesta de la Comisión se apoya asimismo en las Conclusiones adoptadas por el Consejo Europeo de mayo de 2007 y determinadas Resoluciones del Parlamento Europeo, menos entusiastas con la nueva figura y más con la necesidad de aumentar la coordinación entre autoridades nacionales.

Los modelos institucionales de base comunitaria en los que se apoya esta nueva Institución serían, por ejemplo:

- a) La Red de autoridades de Competencia (creada en 2004, por el Reglamento CE n° 1/2003)⁷⁴³.
- b) E, incluso, el sistema de Bancos Centrales Europeos, aunque la Comisión admite que “carece de base jurídica en el Tratado”, pero añade que “este tipo de modelo simplemente exigiría una modificación del Tratado”.

Las funciones de la nueva Agencia cabría agruparlas en tres bloques:

- a) La decisión en problemas transfronterizos, fundamentalmente en materia de infraestructuras, cuando se trate de conflictos suscitados entre más de un país miembro y de acuerdo con las directrices establecidas por Directivas europeas.

Entre estas facultades se encontraría la de aplicación del régimen de exención del acceso en determinados supuestos y períodos predeterminados.

- b) Consultiva general. En materia de regulación del mercado, pudiendo disponer directrices no vinculantes sobre buenas prácticas entre reguladores nacionales.
- c) De suspensión de la reglamentación sobre cooperación de los gestores de redes.

⁷⁴³ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOCE n° L-1 de 4.1.2003).

2. LA COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA.

2.1. Antecedentes.

La creación de una Entidad regulatoria en el ámbito de la energía con vocación de independencia de la esfera de influencia y decisión política y de los sectores sujetos a la regulación, y descentralizada de la Administración Pública, es una medida legislativa coherente con un nuevo modelo liberalizador⁷⁴⁴. Si de lo que se trata es de cambiar el ángulo de control de los poderes públicos y pasar de la intervención y gestión directa a la supervisión y la regulación por competencia, el instrumento institucional más adecuado es la configuración de Entidades altamente especializadas y con suficiente autonomía de actuación para poder supervisar los sectores regulados desde el conocimiento, la autoridad y neutralidad exigibles. Organismos sometidos sólo a la ley sectorial o mejor, al bloque de legalidad sectorial que deben aplicar, en ocasiones desarrollar, y en muchas ocasiones interpretar, desde dicha vertiente reguladora, a través de informes, acuerdos u otro tipo de decisiones o actos administrativos.

Como hemos tratado de reflejar en páginas precedentes, en el conjunto de la Unión Europea se ha ido avanzando en esta configuración institucional de la regulación, pero aún se acusan demasiadas asimetrías e insuficiencias y algunas dificultades de encaje institucional y de adecuada transferencia de competencias y funciones en favor de estos órganos, que queremos atribuir a la escasa experiencia existente en una reforma de tanta significación, como es la responsabilidad de regulación de sectores claves de nuestra economía.

⁷⁴⁴ Todo ello sin perjuicio de las funciones propias, en la materia que abordamos, de la CNC –Comisión Nacional de la Competencia- y la Comisión Europea –CE-, Organismos encargados de preservar la competencia en los mercados.

La Oficina de Cambio de Suministrador (OCSUM), ejerce una función de supervisión indirecta o instrumental en el ámbito de la competencia sectorial, al “supervisar los cambios de comercializador de gas o electricidad, proponer mejoras en los procedimientos a llevar a cabo para hacer efectivos estos cambios y controlar que la información se intercambie entre distribuidores y comercializadores con la agilidad y diligencia requerida, en beneficio de los consumidores” (Real Decreto 1011/2009, de 19 de junio).

La creación de la Comisión Nacional de Energía como la de su precedente del sector eléctrico y las Entidades de este género, debe necesariamente encajarse en el marco de liberalización sectorial, y por ello tuvo lugar por ley ordinaria, la Ley del Sector de Hidrocarburos que integra y refunde en tal sentido las previsiones establecidas por la Ley del Sector Eléctrico para la Comisión Nacional del Sector Eléctrico, que se disolvió por absorción en la CNE.

Repasando los antecedentes de la Comisión Nacional de Energía, coincidimos en el análisis de Marina Serrano, que señala que la Ley 40/1994, de 30 de diciembre (LOSEN), fue una Ley con muy escasa vida y con nulo desarrollo reglamentario, donde se trataba de compatibilizar la explotación unificada con ciertos elementos o atisbos de introducción de competencia, como los concursos competitivos o el sistema independiente, pero no llegó a desarrollarse nunca. Quizá su valor fue constituir el paso intermedio que posibilitó la liberalización del sector eléctrico realizada por la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Al enumerar los elementos liberalizadores que contenía la LOSEN, señalaba, sin embargo, como sobresaliente, la creación de un órgano independiente: la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), a la que se dotaba de un Consejo de Administración, cuyos miembros, por su nombramiento, mandato, causas tasadas de cese, incompatibilidades, entre otros, reunían todos los rasgos propios de las administraciones independientes. En cuanto a sus funciones, bajo la rúbrica de “ente regulador del Sistema Eléctrico Nacional” (art. 6 de la LOSEN), se le atribuyen cometidos de distinta naturaleza: propuesta e informe, normativos (normas de explotación unificada y de transporte), ejecutivos (liquidación de la energía o autorización de participaciones en diversificación), resolución de conflictos y de arbitraje, que constituyen, pese al muy diferente contexto liberalizador del mercado eléctrico, el basamento sobre el que se apoyan hoy las funciones de la CNE.

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico ratificó la existencia de la Comisión, cambiando su denominación –en nuestra opinión con acierto, ya que el carácter de la Comisión abarcaba toda la regulación sectorial y no sólo la caracterizada como propia del “sistema” eléctrico– por Comisión Nacional del Sistema Eléctrico (CNSE), y mantuvo prácticamente la misma regulación, con idéntica estructura y forma, aunque con alguna pequeña modificación.

La Disposición Adicional de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, suprime la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y crea la Comisión Nacional de Energía. El legislador estimó, después de un debate sobre si era mejor una única Comisión de Energía, o dos, una para el Sistema Eléctrico y otra sólo para los hidrocarburos, que había ventajas en la integración de la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico en la Comisión Nacional de Energía. Este debate ha tenido lugar igualmente en otros países de nuestro entorno, como el Reino Unido, con OFFER y OFGAS, que desde el 1 de enero de 1999 creó un único regulador, denominado OFGEM, como hemos señalado anteriormente.

La Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, dedicaba a este tema el siguiente párrafo: *“Las razones de un único regulador para los mercados energéticos, la vinculación e independencia de los sectores energéticos, la similar problemática de algunos de ellos, especialmente, como se ha señalado, del gas natural y de la electricidad, y la progresiva interrelación empresarial en este ámbito económico recomiendan atribuir a un único órgano la regulación y vigilancia del mercado energético, para garantizar su transparencia y coordinar adecuadamente los criterios de resolución de los asuntos que conozca”*. A estos argumentos generales pueden añadirse otros más particulares, como son el ahorro de costes al contar con un órgano ya creado, la CNSE, o la consideración de que tanto la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico como la Comisión Nacional de Energía – si bien adaptándose a las exigencias de sus funciones y competencias ampliadas con ocasión de la integración de ambos sectores–, al tratarse de órganos reguladores que actúan sobre sectores económicos plenamente interrelacionados, requerían emplear las mismas técnicas y los mismos instrumentos regulatorios.

En cuanto a su forma jurídica y personificación, la Comisión Nacional de Energía es un Organismo público de los recogidos en la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). Se configura pues, como una Entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, que sujeta su actividad a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, cuando ejerza potestades administrativas, a la legislación de

contratos de las Administraciones Públicas en lo relativo a contratación de bienes y servicios, sometiéndose en el resto de su actividad al derecho privado.

Al amparo de la citada Disposición Adicional Décima de la LOFAGE se sitúan otros organismos como la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, el Ente Público Radiotelevisión de España, la Agencia de Protección de Datos, el Banco de España, el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX), y desde la perspectiva del sector energético, el Consejo de Seguridad Nuclear que, por otro lado, forma parte del Consejo Consultivo de Electricidad de la Comisión Nacional de Energía⁷⁴⁵. Se trata de los habitualmente denominados “Entes de régimen especial” para diferenciarlos de los Organismos Autónomos y Entes Públicos empresariales que constituyen diferentes expresiones del género o tronco común del Organismo Público que crea y regula la LOFAGE.

En el régimen jurídico de las Universidades existen algunas figuras en Europa que guardan alguna similitud con los Consejos Reguladores, que disponen sólo funciones consultivas, aunque son mucho mayores las diferencias que se establecen. Así, el denominado “Board of Trust” en el sistema anglosajón, es un cuerpo cuya misión es el ayudar a los entes universitarios a alcanzar sus objetivos dentro de los cuales se encuentran en la mayoría de ocasiones el desarrollo de la calidad educativa, el fortalecimiento de la

⁷⁴⁵ Ley 24/1988, del Mercado de Valores; Ley 15/1980, de 22 de abril, del Consejo de Seguridad Nuclear; Ley 4/1980, de 10 de enero, sobre creación del Ente Público Radiotelevisión Española; Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Protección de Datos de Carácter Personal. La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones fue creada por el Decreto-Ley 6/1996, desarrollado por el Real Decreto 1994/1996, de septiembre, y posteriormente modificada parcialmente por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones., y modificada por Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de Telecomunicaciones.

La creación del Consejo de Seguridad Nuclear como “órgano independiente” aparecía ya recogida en el Plan Energético Nacional 1978–1987, pág. 74.

Más recientemente se constituye el Comisionado para el Mercado del Tabaco, como organismo autónomo adscrito al Ministerio de Economía y Hacienda, con la voluntad de atribuirle “funciones de índole reguladora y de vigilancia” en el mercado del tabaco (Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado del Tabaco).

innovación e investigación, así como la implementación de ayudas y presencia en la comunidad⁷⁴⁶.

El Consejo Social en el sistema español, es el órgano de participación de la Sociedad en la Universidad⁷⁴⁷, cuyo fin es conseguir la mayor calidad de sus enseñanzas, potenciar su capacidad investigadora e impulsar el progreso social, económico y cultural de la Sociedad en la que se inserta.

Corresponde al Consejo Social la supervisión de las actividades de carácter económico de la universidad y del rendimiento de sus servicios; promover la colaboración de la sociedad en la financiación de aquélla y las relaciones entre la universidad y su entorno cultural, profesional, económico y social al servicio de la calidad de las actividades universitarias⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ El Consejo es responsable de la dirección estratégica de la confianza, supervisando el funcionamiento contra objetivos, asegurando las altas normas de calidad educativa y ayudando a promover eslabones entre la Universidad y la comunidad local.

Los miembros del “*Board of Trust*” actúan como gestores de las fortalezas de la universidad. Dentro de sus principales funciones encontramos:

- Determinar la estrategia de la Universidad.
- Garantizar una eficiencia fiscal para el ente universitario incluyendo los beneficios a que hubiere lugar al fomentar la investigación y el desarrollo.
- Establecer políticas apropiadas para la consecución de sus objetivos.
- Asegurar recursos humanos adecuados. En este sentido implementar estrategias de selección.
- Revisar el progreso de los objetivos de la universidad.

⁷⁴⁷ Sus antecedentes pueden encontrarse en las figuras de los Patronatos vinculadas a los Colegios Mayores a mediados del siglo XX. Ver Dictamen del Profesor Juan Santamaría Pastor sobre los Consejos Sociales de las Universidades Públicas, emitido a solicitud de la UPM.

⁷⁴⁸ El Consejo Social es un órgano cuyas funciones principales son:

- a) La promoción y supervisión de las actividades de carácter económico y administrativo de la Universidad, así como la evaluación del rendimiento de sus servicios, y el fomento de la colaboración de la Sociedad en las actividades y financiación de la misma.
- b) Informar, con carácter previo, el Plan Estratégico General.
- c) Informar, con carácter previo, el proyecto de Presupuesto General.
- d) Dictaminar, con carácter previo, las propuestas de Planificación Estratégica y los grandes proyectos.
- e) Informar, con carácter previo, la aprobación y modificación de los reglamentos.
- f) Informar, con carácter previo, sobre la determinación de las formas de gestión de los servicios públicos municipales, así como de creación de organismos autónomos, de entidades públicas municipales y de sociedades mercantiles para la gestión de los servicios de competencia municipal y los expedientes de privatización, municipalización y gestión mixta.

Pero volviendo a la Comisión Nacional de la Energía, cabe señalar que tanto la Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional, como la Ley del Sector Eléctrico y la Ley de Hidrocarburos, adscribieron la Comisión Nacional de Energía y sus precedentes Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y Comisión del Sistema Eléctrico Nacional al Ministerio de Industria y Energía, si bien el Real Decreto 689/2000, de 12 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Ministerios de Economía y Hacienda, y el Real Decreto 557/2000, de 27 de abril, de reestructuración de los Departamentos ministeriales, modifican este encuadramiento orgánico a favor del Ministerio de Economía, a través de su Subsecretaría, agrupando también en la misma a otros organismos reguladores, como la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, si bien esta última desde la última reforma de los Departamentos ministeriales ha quedado adscrita al Ministerio de Industria y Energía, y así ha ido sucediendo también con cambios administrativos ulteriores.

La Comisión Nacional de Energía nace, pues, por imperativo de la Ley investida de un particular “magisterio moral” o “*auctoritas*”⁷⁴⁹ encuadrable dentro de las Administraciones calificadas “independientes”, teniendo en cuenta en su naturaleza jurídica el carácter de órgano u ente desconcentrado, con alto grado de autonomía en su funcionamiento. Este tipo de Administración, como antes subrayábamos, está caracterizada, con mayor o menor intensidad, por los elementos de neutralidad política, especialización de sus miembros, desconcentración y dependencia limitada de la Administración de tutela y autonomía interna

g) En todo momento, formular propuestas y recomendaciones relativas a los diferentes actividades y competencias.

⁷⁴⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel. *La Idea de la Política y otros escritos*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.

“Auctoritas, viene de auctor. Auctor es aquel que tiene capacidad tanto para iniciar, promover y fundamentar decisiones, acciones y criterios de otros, como para aumentar, acrecer y confirmar las decisiones, acciones y juicios originados en los demás. Así pues, posee auctoritas aquel al que se le reconoce la capacidad para ser auctor y, desde el punto de vista jurídico-público, aquel que fundamenta una decisión o la perfecciona jurídicamente por su ratificación, pero sin formular necesariamente por sí mismo el contenido de la decisión y sin realizar por sí los actos necesarios para su ejecución, lo que pertenece a la potestas. Por consiguiente, tiene autoridad quien por su iniciativa o ratificación legítima, fundamenta, y por tanto, garantiza y acrece los actos de potestad. Pero también hay casos de auctoritas personal, sin una conexión o configuración jurídica precisa, aunque con efectividad política”.

y externa reforzada⁷⁵⁰. G. Vasconcelos destaca que el paso de un Estado intervencionista a otro regulador provoca necesariamente el tránsito de estructuras centralizadas a otras descentralizadas, orgánica y funcionalmente, especializadas y autónomas⁷⁵¹.

Los recursos de la CNE están integrados por: a) los bienes y valores que constituyen su patrimonio y los productos y rentas del mismo; b) los recargos de los peajes y la tarifa eléctrica destinados a la CNE en concepto de costes permanentes del sistema; c) los recargos de las tarifas y peajes correspondientes a los combustibles gaseosos que corresponden a la CNE; d) otros ingresos abonados por los operadores al por mayor de productos petrolíferos; e) en su caso, las transferencias efectuadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; y f) las tasas por actividades y servicios prestados por la CNE⁷⁵².

El artículo 19 de la Ley 24/2001, de 27 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica la Disposición Adicional 12ª de la Ley de Hidrocarburos y crea una tasa como tributo que ingresa y gestiona la Comisión Nacional⁷⁵³.

Naturalmente otro tipo de cantidades dinerarias o mecanismos de atribución que contempla la regulación y, en particular, las que constituyen las liquidaciones, aunque atribuyan una función de gestión a la CNE, no adquieren en ningún caso el carácter de recursos de las mismas. El papel asignado a la Comisión es, a estos efectos, puramente instrumental y de supervisión, ya que debe verificar el cálculo de los pagos e ingresos de las actividades reguladas sobre la base de la información comunicada por las empresas distribuidoras, previa constatación de haber realizado éstas el correspondiente depósito

⁷⁵⁰ Al analizar el carácter jurídico de la CNMV Mercedes Fuertes ha juzgado a ésta como órgano especializado neutral e imparcial en las decisiones y conflictos del Mercado de Valores.

Ver Mercedes Fuertes López. La Comisión Nacional del Mercado de Valores. Editorial Lex Nova. Valladolid. 1994.

⁷⁵¹ J. Vasconcelos: *O Estado regulador*. Conferencias ERSE. Lisboa. 2000.

⁷⁵² Disposición Adicional 12ª de la Ley del Sector de Hidrocarburos, modificada por la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

⁷⁵³ El hecho de que esta actividad se financie con un tributo es prueba de su inserción en el sistema público de reparto de poderes, como parte integrante de la Administración Pública.

necesario en una cuenta abierta a nombre de la Comisión en el Tesoro Público, sin llevar a cabo facultad alguna de disposición sobre los mismos.

La autonomía es la capacidad de autonormación de que dispone este órgano desde su acto de creación legal, y en los términos previstos en el mismo. Como apunta Rafael Badell⁷⁵⁴, el mayor o menor grado de autonomía que exhiba el órgano dependerá de lo que establezca el acto de creación y el ámbito de discrecionalidad que se le reconozca tácita o expresamente en su ámbito administrativo, financiero, presupuestario y de gestión.

Dentro de los elementos que podrían definir o medir el grado real de autonomía o independencia de este tipo de organismos con respecto al Gobierno, se encuentran: la atribución de personalidad jurídica y de plena capacidad jurídica, pública y privada; potestad de aprobar su Reglamento de organización y de funcionamiento; la aprobación de su presupuesto; el control económico y financiero que normalmente se ejerce en estos casos por la Intervención General del Estado; la no revisión en vía administrativa de sus decisiones⁷⁵⁵; o la forma de nombramiento de su personal directivo, etc.

A nuestro juicio, aunque con inevitables matizaciones en cada caso, la Comisión dispone de suficientes elementos para salvaguardar un grado de autonomía de actuación (dispone de indudable capacidad de autonormación en cuanto a su organización y funcionamiento básico y a la selección de su personal directivo y técnico); y a partir del mismo expresar su visión regulatoria especializada sobre los temas sectoriales⁷⁵⁶, en razón de las funciones que le son asignadas y las competencias atribuidas, las más importantes en concurrencia con otras instancias administrativas.

⁷⁵⁴ Ver Rafael Badell Madrid, David Quiroz Rendón y José Ignacio Hernández: *El régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela*. Caracas 2002, pág. 201.

⁷⁵⁵ Ver Disposición Adicional 11ª. Tercero.5, de la Ley del Sector de Hidrocarburos.

⁷⁵⁶ En opinión de Juan Miguel de la Cuétara, bien que referido a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pero válida por el carácter general de su consideración, las “*Comisiones son ‘reguladoras’ porque hacen más que administrar [...] incorporan poderes normativos (reglamentos, circulares) y ‘cuasi judiciales’ (poderes atributivos de derechos en caso de controversia), junto a los normales ejecutivos (autorizaciones, inspecciones), rozando en casos el principio de separación de poderes. Son ‘independientes’ porque gozan de autonomía funcional*”. (En “Principios de Derecho Público Económico”. 2ª edición. Dirigido por Gaspar Ariño, pág. 750).

Menos importantes nos parecían los supuestos de control jurídico ejercidos por parte de la Abogacía del Estado del Ministerio de Industria y Energía de las Circulares dictadas por la Comisión, por entender que se trata de un complemento meramente formal de ajuste a los procedimientos y marco legal aplicable, pero que se aleja de todo pronunciamiento sobre la capacidad o voluntad de solicitud de información de la Comisión a terceros, aunque pueda matizarse –desde un estricto prisma jurídico–formal– la manera como se construye o articula tal petición.

Debe recordarse, que junto a la adscripción de este órgano al Ministerio competente en el área energética, la Ley asigna a tal Departamento el *“ejercicio del control de eficacia sobre la actividad de la Comisión”*, acentuando la vinculación material y funcional de este órgano a su Administración de tutela. Si bien, solo es aceptable en nuestra opinión, una mera tutela “técnica”, que no se corresponde con el tradicional vínculo de adscripción político-administrativo, sino de inserción dentro de una estructura organizativa dada, preservando altos niveles de autonomía y el carácter de órgano especializado en materia de regulación energética. Se trata, por tanto, de una adscripción que pretende fijar relaciones de coordinación, más que concretos vínculos de jerarquía y control político. No juzgamos entonces afortunado en este punto el propósito del legislador que afecta de manera inevitable, aunque indirecta, al margen de autonomía o libertad real de la Comisión en el ejercicio de algunas de sus potestades más relevantes⁷⁵⁷.

En este sentido, es evidente que tanto la introducción de un mecanismo de control de la eficacia de la Comisión que se asigna el Ministerio competente en el área energética, como la participación consultiva pero no de atribución de competencia en la fijación tarifaria constituyen los dos supuestos principales de limitaciones a las plenas facultades regulatorias del Órgano, que deberían ser modificadas en ulteriores procesos de reforma y profundización de atribuciones propias de la regulación económica plena a favor de la Comisión.

⁷⁵⁷ El Banco de España está sujeto también al control de legalidad del Ministerio de Economía. El Ministro puede revocar los actos del Banco de imposición de sanciones y de intervención y sustitución.

2.2. Composición.

Como antes señalábamos, existen dos grandes tipos de órgano de gobierno de los Entes reguladores: unipersonales que responden a un modelo de adscripción funcional y orgánica a la Administración Central del Estado a través del Ministerio o Secretaría de Estado, Secretaría General o Dirección General competente en la materia energética objeto de regulación; y colegiados, a través de un órgano multipersonal, cuya composición varía de tres miembros –caso de algunas Comisiones Reguladoras norteamericanas o europeas como es el caso de Portugal– a ocho o nueve, como es el supuesto de España.

Los órganos colegiados cuentan, como señalábamos en páginas precedentes, con un Presidente, en algunos casos con un Vicepresidente y un número de Consejeros que varía en función del diseño regulatorio que establece cada país⁷⁵⁸.

El ente regulador energético español tiene, pues, una naturaleza colegiada estando gobernado por un Consejo de Administración compuesto por un Presidente, un Vicepresidente, ocho Vocales y un Secretario que actúa con voz pero sin voto. Este carácter colegiado del Órgano fue en su primera etapa en cierto modo “ampliado y mixto” en la medida que se contemplaba la incorporación a las reuniones del Consejo de Altos Cargos del Ministerio de tutela. Así, no forman parte del Consejo, aunque están facultados para asistir a sus reuniones, el Ministro de Industria y Energía inicialmente, el Secretario de Estado de Energía o el alto cargo del Ministerio en quienes aquellos deleguen, haciéndolo con voz pero sin voto. En otros casos, se contemplaba la presencia en el mismo Órgano colegiado de miembros natos del Ministerio u Órgano de la Administración Pública al que está adscrita orgánica o funcionalmente la Autoridad regulatoria.

Nuestra opinión siempre se ha revelado claramente contraria a la presencia en el órgano de gobierno, de otros altos cargos que no sean los Consejeros independientes examinados en el Parlamento para el ejercicio de ésta función.

⁷⁵⁸ Gaspar Ariño ha destacado la necesidad de que estos órganos tengan un carácter colegiado “integrados por personas de prestigio nacional en el sector y capaces tanto de trazar una política nacional como de reconocer, al mismo tiempo, los derechos e intereses legítimos de cada una de las partes implicadas en las relaciones. Como lo podría hacer un juez”. G. Ariño. Economía y Estado.

El carácter colegiado se manifiesta también en el acto de nombramiento o forma de designación de sus miembros, que se efectúa por Real Decreto previa comparecencia del Ministro competente en el ámbito energético ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, para dar cuenta de los candidatos que se propone presentar el Consejo de Ministros y constatar que los mismos cumplen las condiciones exigidas por ley. Y por el plazo de duración prevista para los mandatos de aquellos que responde, en principio, al mismo período de duración.

El Presidente de la Comisión dirige los debates y preside los dos órganos consultivos de la Comisión. La Ley exige que los candidatos, es decir, el Presidente y los Vocales del Consejo o Consejeros, *“sean nombrados entre personas de reconocida competencia técnica y profesional, mediante Real Decreto, a propuesta del Ministro de Industria y Energía [ahora Economía], previa comparecencia del mismo y debate en la Comisión competente del Congreso de los Diputados, para constatar el cumplimiento por parte de los candidatos de las condiciones indicadas”*⁷⁵⁹.

⁷⁵⁹ La Ley portuguesa establece que los miembros de su Entidad reguladora sean nombrados por Resolución del Consejo de Ministros entre personas que dispongan de cualificaciones adecuadas, indeterminada y reconocida competencia técnica y profesional [Decreto-Ley n° 187/95, de creación de la Entidad Reguladora del Sector Eléctrico (art. 23.1)]. Debemos entender que las cualificaciones adecuadas son precisamente las de disponer del nivel requerido de idoneidad técnica y competencia profesional (Joaquín Tornos ha abordado también este aspecto de la competencia técnica al estudiar la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones: *“La CMT, en tanto AAI, se legitima por su neutralidad, pero también por su pericia, por el conocimiento del sector sobre el que se adoptan sus decisiones. Ambito competencial y formación deberían constituir un conjunto relacionado”*. (Las autoridades de Regulación..., pág. 129). La Ley francesa precisa más los ámbitos de competencia profesional que se requieren para ser regulador, acotándolos a los jurídicos, económicos y técnicos, con los que en definitiva se cubre la gama básica de capacidad profesional que reclama el reclutamiento para este tipo de responsabilidades y se aleja *–sensu contrario–* del perfil puramente político [Ley n° 2000–108 de 10 de febrero de 2000 relativa a la modernización y al desarrollo del servicio público de electricidad (art. 28)]. La italiana reclama que los miembros de su autoridad de regulación dispongan de una alta y reconocida capacidad profesional y competencia en su sector (Ley de 14 de noviembre de 1995. Norma per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione della Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Art. 2.8). La irlandesa no se pronuncia en la Ley de creación de su Comisión Reguladora sobre este extremo (Ver Electricity Regulation Act, 1999, n° 23/99. Part II. Establishment of Commission for Electricity Regulation).

En el ordenamiento eléctrico belga la Autoridad de regulación articula sus órganos de gobierno a través de un Comité de Dirección- como hemos ya apuntado- integrado por un Presidente y dos Vocales y un Consejo General que supervisa las actividades de aquél, integrado por representantes del Gobierno Federal, de las organizaciones sindicales y empresariales, de los productores, distribuidores y consumidores, así como de las organizaciones medioambientales. También los representantes de los Gobiernos regionales quedan invitados a enviar sus representantes [Ley de 29 de abril de 1999 relativa a la organización del mercado de la electricidad (arts. 23 y 24)].

En consecuencia, como hemos indicado, para el nombramiento del órgano rector de la Comisión española debe cumplirse previamente un procedimiento de especial significación en el que intervienen los poderes legislativo y ejecutivo. Así, se requiere la previa comparecencia del Ministro competente y proponente de los candidatos al Consejo de Ministros para dar cuenta de la idoneidad de las personas que se proponen “*para constatar el cumplimiento por parte de los candidatos...*”. Esta constatación es el instrumento a través del cual se efectúa un control parlamentario –a través del debate y la fijación de las respectivas posiciones de los Grupos de las Cámaras– en tales designaciones. Se pretende con ello aproximarse a las fórmulas anglosajonas de los *hearings* que preceden a los nombramientos de las autoridades federales “*with the advice and consent of the Senate*”. Y si bien el sistema actual podría ser perfeccionado, en algunos de sus extremos es avanzado y correcto dada la naturaleza de la entidad de que se trata y la singularidad de su composición respecto de otros altos cargos de la Administración del Estado, y constituye sin duda una vía de legitimidad –la parlamentaria– con que cuentan los candidatos propuestos –y no enmendados ya que la aceptación de la Cámara, a través de la Comisión especializada correspondiente se entiende otorgada al aceptar la propuesta efectuada por el Ministro competente⁷⁶⁰– para integrar el Consejo de la Comisión. Sería, en nuestra opinión, censurable el mantenimiento de un candidato que contara con el rechazo expreso de una parte importante de los representantes parlamentarios o de los principales Grupos que componen éste.

Somos partidarios del carácter colegiado de este tipo de órganos frente a su formación unipersonal. Si bien existe un cierto riesgo de dispersión o desagregación en la formación de

En el Reino Unido y Holanda, por su parte el órgano de regulación en materia energética es unipersonal, un Director, bien adscrito a la Autoridad de Competencia [Electricity Act 1989. Part I. Section 1. Ley holandesa sobre la producción, transporte y suministro de electricidad, de 25 de marzo de 1998 (Capítulo 2, Sección 5)], o al Ministerio de Economía o Industria y Energía. En el caso de Alemania las funciones de supervisión sobre la regulación energética reposan en la Oficina Federal sobre Cárteles (Bundeskartellamt).

⁷⁶⁰ El sistema es equivalente al establecido para los miembros del Consejo de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. En el caso del Consejo de Seguridad Nuclear es preciso el pronunciamiento expreso, mediante votación, de los miembros de la Comisión correspondiente, ya que deben manifestar, en principio por acuerdo de tres quintos su aceptación o veto razonado de los candidatos propuestos por el Gobierno. Decimos “en principio” puesto que si transcurre el plazo de un mes desde la comunicación de los candidatos sin producirse pronunciamiento expreso, éstos se entenderán aceptados. Esto significa que la participación del Parlamento es decisiva en sentido negativo, es decir, para el veto no para la aceptación de los candidatos.

la voluntad de las decisiones con cierta merma de la flexibilidad y eficacia de éstas, sin embargo, sus ventajas son evidentes y acordes con su función regulatoria: contraste de pareceres, ponderación de los distintos factores en presencia, etc.

2.3. Principios de actuación y funciones de la Comisión.

Los principios que deben regir la actuación de los órganos reguladores se deben alinear y corresponder con los que persigue el mismo proceso liberalizador, que se resumen en la idea de reordenar las relaciones jurídicas sectoriales orientándolas hacia la libre competencia. La protección y supervisión de los mecanismos de mercado que aseguren dicha competencia y el control y fiscalización de las actividades reguladas, son el núcleo que define el objetivo de creación de este Ente regulador, y que delimita el interés público que a través de la actuación del mismo se pretende servir.

Pedro Meroño ha identificado como principios de actuación de la Comisión Nacional de Energía los de independencia, objetividad, transparencia real de la actividad, confidencialidad de las informaciones, apertura a todos los interesados, fundamento de las decisiones, consideración completa de las cuestiones, controles y críticas sociales, coordinación con otras administraciones públicas españolas y europeas y prudencia profesional. Se destacan de este modo principios de actuación, que se dirigen tanto hacia el órgano regulador como respecto a la propia conducta de sus miembros. Así los principios de independencia, objetividad y transparencia, al que entendemos se añadiría el de neutralidad, se proyectarían sobre el conjunto de la actuación del órgano regulador y como consecuencia de los mismos y, en particular del de transparencia, se anudarían sus efectos de amplia audiencia a los interesados, apertura a los sectores, críticas sociales y coordinación con otras administraciones⁷⁶¹.

Un elemento inexcusable para el funcionamiento de este tipo de Entidades es, como subraya Meroño, el fundamento o motivación no sólo ex-lege de las decisiones que se adoptan. Fundamento que reclama previamente el necesario análisis interno y rigor

⁷⁶¹ P. Meroño. El papel de la Comisión de la Energía en la regulación y defensa de la competencia en el sector. Universidad San Pablo. 2001.

intelectual. En este sentido Ashley C. Brown⁷⁶² ha señalado que un elemento esencial de la integridad necesaria y la transparencia del proceso regulatorio es su base intelectual. En consecuencia, integridad en la actuación y rigor intelectual –que permita ponderar en cada caso, ante cada concreto expediente o informe, los aspectos económicos, jurídicos o técnicos que presente el mismo– como presupuesto al servicio de la transparencia de las decisiones, y a la adecuada y completa motivación de las mismas.

A estos efectos, las Agencias Reguladoras independientes, ha señalado Posner repasando el modelo norteamericano (ICC, FCC, FTC, NLRB, etc.) son una interesante combinación de funciones legislativas, litigiosas y de ejecución normativa⁷⁶³.

En la doctrina española no son pocos los autores que atribuyen a la Comisión –o sus precedentes CSEN y CNSE– un papel fundamentalmente consultivo.

Jesús Trillo, al juzgar el nacimiento de la CSEN señalaba que *“aunque la nueva Comisión cuenta con importantes competencias, entre las que destacan especialmente las relativas a la liquidación económica de la energía; transporte y de explotación unificada y dictar instrucciones para su ejecución; informar en los expedientes de autorización de instalaciones de producción y transporte de energía; inspeccionar las condiciones de las instalaciones; actuar como órgano arbitral del sistema, entre otras, no llega a conseguir la configuración de un órgano con el carácter de auténtica Comisión o Ente regulador a modo de administración independiente de las conocidas comisiones independientes americanas”*.

Para Gaspar Ariño, las competencias de la CNE –al igual que las de la suprimida Comisión Nacional del Sistema Eléctrico– no son reguladoras, sino consultivas, arbitrales, una genérica función de velar por la competencia y desarrollo normativo mediante habilitación expresa⁷⁶⁴.

⁷⁶² Ashley C. Brown. Six critical choices in regulatory models for Brazil. Harvard. 2000.

⁷⁶³ Posner, *Economic Analysis of Law* (págs. 666-668). Fifth Edition. Aspen Law & Business. New York. 1998.

⁷⁶⁴ Ver Lección Decimotercera. Regulación del Sector de la Energía (Gaspar Ariño y Lucía López de Castro), pág. 700, en *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. 2ª edición. Editorial Comares. Fundación de Estudios de Regulación.

En relación a las facultades de que dispone la Comisión en el ámbito de la defensa de la competencia Javier García de Enterría, después de afirmar que *“a la Comisión Nacional de Energía le corresponden meras funciones de vigilancia del sector, y en su caso, de iniciativa o de estímulo ante los órganos encargados de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, y en ningún caso facultades decisorias”*, añade que *“con todo, se trata de una función que en términos prácticos ha de revestir una extraordinaria relevancia, si se considera que la Comisión está mucho más próxima al mercado eléctrico que el Servicio de Defensa de la Competencia, por lo que obviamente detectará con mucha mayor facilidad las prácticas o conductas que puedan resultar sancionables, y que además dispone de un mayor conocimiento técnico del sector, que también resultará sumamente efectivo para valorar el verdadero alcance de acuerdos o de comportamientos que pueden resultar de difícil valoración por su complejidad técnica”*. Así pues, J. García de Enterría reconoce que las funciones de vigilancia del sector se orientan a la defensa de la competencia y se fundamentan en el mayor grado de especialización y conocimiento del sector que alcanza a la capacidad *“para valorar el verdadero alcance de acuerdos o comportamientos”*. Dicho en otros términos, en la resolución final que se dicte en materia de competencia en el ámbito del sector energético será, en principio, separada de la valoración efectuada en esta materia por quien dispone de las herramientas más adecuadas para la valoración de la estructura y conducta de los operadores⁷⁶⁵. Planteamiento este que retenemos, por su interés, a la hora de ponderar el alcance de la reforma que se propone en la estructura de las autoridades de regulación de mercados en el derecho español, incluida la energética, como antes destacamos.⁷⁶⁶

Juan de la Cruz admite que *“las funciones de la CNE en materia de energía eléctrica van más allá de las puramente normativas o de las relacionadas con la resolución de conflictos entre sujetos del sector y función arbitral, dado que desarrolla también funciones*

⁷⁶⁵ La Ley 14/2000, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (art. 66) desplaza a la CMT al recién creado Ministerio de Ciencia y Tecnología, la competencia para controlar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público en la prestación de servicios y en la explotación de redes de telecomunicación.

⁷⁶⁶ Ver pues, el antes citado Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de marzo 2012.

de propuesta, asesorando al Gobierno y Comunidades Autónomas en materia de política energética, preparando informes, participando en la planificación y dando su opinión en la elaboración de la normativa al sector y en la fijación de tarifas”.

Luis Pastor Ridruejo opina que va a ser por excelencia el órgano técnico especializado y mejor preparado para que sus propuestas sean las adecuadas: *“Deberán encontrarse razones muy poderosas para que la Administración soporte el desprestigio de haberse desviado de la propuesta que, en principio, es la independiente, fundada técnicamente y ajustada a la realidad del funcionamiento del sector”.*

Y Miguel Angel Lasheras apunta que *“aunque la Comisión está adscrita al Ministerio de Industria y la mayor parte de sus actuaciones son revisables por éste, resulta autónoma en los informes preceptivos que emite, incluyendo el informe anual de tarifas, y en las Circulares que sobre obligación de información de las empresas reguladas produce y que sólo son recurribles directamente en vía judicial...”.*

Tras esta introducción doctrinal, entendemos que para encajar más adecuadamente el carácter de la Comisión Nacional de Energía conviene agrupar sus funciones en dos grandes divisiones a partir de las cuales se desarrollan otras vinculadas –por su naturaleza, objeto o efectos– con aquéllas. Tales funciones serían las de regulación –con mayor o menor intensidad o nivel de colaboración o concurrencia con otras administraciones– y la de supervisión de la competencia. Tanto en uno como en otro caso no nos encontramos, en nuestra opinión, con la atribución de competencias o potestades plenas sino concurrentes con otras administraciones u organismos, en particular con el Ministerio de Economía (Secretaría de Estado de Energía) y, en mucha menor medida, con el Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, en función de las materias regulatorias o de defensa de la competencia de que hablamos.

A) Funciones de regulación.

Se habla de funciones de regulación como consecuencia de la voluntad del legislador de constituir expresamente este órgano como ente regulador al que se le atribuyen facultades de propuesta u opinión obligada del Ente regulador –a través de sus correspondientes

informes— en la formación de voluntad de la legislación eléctrica; de información, para recabarla y para ofrecerla, de acuerdo con el principio de transparencia que invade todo el espíritu de la norma de creación de este organismo; y de resolver conflictos, es decir, de arbitrar y por tanto ofrecer soluciones o apuntar decisiones de indudable alcance regulatorio. Debe añadirse con carácter general la función consultiva, aunque en gran medida está implícita en la anterior y del ejercicio de ésta pueden nacer también ex-post a favor de la Comisión atribución de potestades o desarrollo de funciones de carácter regulatorio⁷⁶⁷.

Por ello, dentro de estas funciones que hemos calificado “de regulación” podemos distinguir específicamente las de emitir informes preceptivos, participar en los procesos de autorización y planificación energética, dictar Circulares, y actuar como órgano arbitral en los conflictos que se susciten entre los operadores del sistema. Estas funciones de regulación son jurídico-económicas, no perteneciendo por parte a la categoría de “regulación de carácter social”,

(i) *Emisión de informes.*

La emisión de informes puede confiarse a la Comisión a solicitud de algún órgano de la Administración como elemento de consulta ante la Comisión Nacional o por exigencias

⁷⁶⁷ Es interesante repasar el trabajo de Vicente Alvarez García y Rafael Duarte Martínez: *Administración Pública y Electricidad*, Cuadernos Civitas, 1997, que, ponen de relieve las potestades y competencias concretas que la LOSEN atribuía al Gobierno, señalando, sin ánimo exhaustivo, las siguientes: la aprobación o la modificación de las tarifas eléctricas (art. 17); el establecimiento de la retribución global y conjunta que formen parte del sistema integrado (art. 16.1); la fijación del procedimiento para la retribución de quienes realicen cada tipo de actividad eléctrica dentro del sistema integrado (art. 16.7.1); la determinación de la retribución de la energía eléctrica excedentaria cedida por los productores en régimen especial (art. 16.7.3º); el establecimiento del régimen de los derechos por acometidas y demás actuaciones necesarias para atender los requerimientos de suministro a los usuarios (art. 16.8); la fijación del momento a partir del cual será necesaria la separación jurídica de las actividades de generación y distribución para las compañías que en el momento de aprobarse la Ley operaban en el sistema (D. Transitoria 3ª); la regulación, cuando ello resulte aconsejable, de la comercialización de la energía eléctrica, como actividad diferenciada dentro del Sistema Eléctrico Nacional (D. Adicional 10ª); el nombramiento y cese, respetando las condiciones establecidas en la Ley, de los miembros de la CSEN (art. 6.3 y 6.4); la imposición de sanciones muy graves en el ámbito de las competencias de la Administración General del Estado (art. 65.1), así como la actualización de sus cuantías (D. Adicional 13ª); la intervención administrativa de empresas eléctricas, cuando el incumplimiento de las obligaciones de las empresas que realizan las actividades reguladas en la presente Ley pueda afectar a la continuidad y seguridad del suministro eléctrico, y a fin de garantizar su mantenimiento, y siempre y cuando tales empresas tengan instalaciones cuya autorización corresponde al Estado; la autorización del tendido aéreo de líneas de alta tensión en el dominio público marítimo-terrestre (D. Adicional 2ª).

de la Ley; y en el ejercicio del derecho de propuesta que, sobre determinadas materias, compete a este organismo ejercer.

Los supuestos de informe con carácter preceptivo se refieren a los dictados en el proceso de elaboración de las disposiciones de carácter general, que afectan a los mercados energéticos, para todos los desarrollos reglamentarios, tanto en su calidad de órgano obligado a evacuar el correspondiente informe o atender la consulta que se solicite, como por propia iniciativa dentro del ámbito de las facultades de alcance regulatorio que les confiere la Ley⁷⁶⁸.

Así pues, la emisión de informes preceptivos se expresa en las siguientes actuaciones administrativas, que deberán contar a su vez con los correspondientes informes de los Comités Consultivos de la Comisión:

- a) En el proceso de elaboración de las disposiciones generales que afecten a los mercados energéticos y, en particular, en el desarrollo reglamentario de la Ley de Hidrocarburos.

Y en concreto en los proyectos sobre determinación de tarifas, peajes y retribución de actividades energéticas.

- b) En los expedientes de autorización de nuevas instalaciones energéticas, competencia de la Administración General del Estado.
- c) En el proceso de planificación energética⁷⁶⁹.

⁷⁶⁸ Ello se ajusta a lo señalado en la Disposición Adicional Undécima de la Ley de Hidrocarburos, art. tercero.1, funciones 1 a 6 y el art. 5 del Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía (BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1999).

⁷⁶⁹ De conformidad con lo señalado en los arts. 4 de la Ley de Hidrocarburos y 4 de la Ley del Sector Eléctrico.

(ii) *Dictar Circulares.*

La Comisión dispone también de facultades regulatorias cuasi-normativas tanto en ejecución –reglamento de ejecución– como en desarrollo de las normas contenidas en los Reales Decretos y las Ordenes del Ministerio de Industria y Energía, siempre que tales normas “las habiliten de modo expreso para ello”. Estas disposiciones tienen la denominación de Circulares⁷⁷⁰ y se publican en el Boletín Oficial del Estado⁷⁷¹. Son “Circulares o Instrucciones de desarrollo” y ejecución de los Decretos y Órdenes Ministeriales dictadas en el ámbito energético⁷⁷²

El Tribunal Constitucional se ha manifestado con claridad en su Sentencia 135/1992 de 5 de octubre sobre la constitucionalidad de determinadas cláusulas de atribución de potestades reglamentarias del Banco de España⁷⁷³:

⁷⁷⁰ A juicio de Rafael Mateu, el término “circular”, en el contexto de las fuentes del Derecho Administrativo, hace referencia a una modalidad normativa, de grado inferior, subordinada a la Ley y al Reglamento, que el ordenamiento suele conceder a determinados organismos de regulación y de supervisión para ordenar las relaciones de supremacía especial que les vinculan con las entidades privadas sujetas a la tutela de aquellos. El ejemplo paradigmático son las Circulares del Banco de España, que, con independencia de la valoración crítica que pueda merecer su contenido en cada caso, constituyen un modelo de ejercicio reflexivo y ponderado de la potestad de la que dicho organismo dispone de acuerdo con la legislación vigente.

La Ley del Mercado de Valores (LMV) prevé también que la CNMV dicte Circulares, que han de ser aprobadas por el Consejo del organismo, previo informe de su Comité Consultivo, son publicadas en el BOE y susceptibles, como cualquier otra disposición administrativa, de los recursos previstos en la Ley.

Esa potestad reglamentaria se configura por la LMV (arts. 15 y 44) con dos limitaciones muy claras: tienen que ser dictadas en desarrollo o ejecución de un Real Decreto o de una Orden Ministerial (no cabe, por tanto, que una Circular de la CNMV desarrolle o interprete un precepto legal directamente) y es necesario que dicho Real Decreto u Orden habiliten expresamente a la Comisión. *Diario Expansión* ...

Las Circulares se dirigen tanto a obtener información, a completarla y en ciertos casos a desarrollar disposiciones reglamentarias habilitantes, que les permiten así expresarse, en términos materiales, como verdaderos reglamentos de ejecución. Son numerosos, en todo caso, los preceptos de la Ley relativos al deber de los operadores y sujetos de suministrar información a la Comisión como instrumento necesario y habilitante para el adecuado ejercicio de sus funciones.

⁷⁷¹ La competencia informativa es fundamental en un organismo regulador. J.M. Machado señala que la potestad normativa se configura en tal caso directamente desde la Ley, sin necesidad de concreciones a través de normas de desarrollo. Pág. 140.

⁷⁷² Ver Disposición Adicional 11ª. Tercero, y art. 17 del Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

⁷⁷³ Ver TC, Sentencia 135/1992, de 5 de octubre.

“Va de suyo que el Banco de España forma parte de la Administración del Estado en su vertiente institucional o indirecta y es la primera autoridad monetaria, a quien corresponden las funciones relativas a la disciplina e inspección de las entidades de crédito y ahorro, para lo cual se le dota de las simétricas potestades, entre las cuales deben destacarse la reglamentaria y la sancionadora, como pone de manifiesto la atenta lectura de la Ley 30/1980, de 21 de junio (arts. 1; 3; 15.1; y 10 y 16.7) (.../...). La desconcentración de la potestad reglamentaria es posible formalmente y, en muchas ocasiones, necesaria desde la perspectiva del contenido de la norma. Efectivamente, la habilitación al Gobierno de la Nación que contiene el artículo 97 de la Constitución no puede entenderse con un criterio estricto, al pie de la letra, sin limitar la advocación del titular a un órgano colegiado específico, el Consejo de Ministros, sino también a éstos que lo componen y a instituciones como el Banco de España. Asesor de aquél y ejecutor inmediato de su política monetaria y crediticia (Ley 2/1962, de 14 de abril, base 1ª, y Decreto-Ley 18/1962, de 7 de junio, arts. 1 y 9), que, como arriba se dijo, tiene conferida explícitamente la potestad reglamentaria en el ámbito de su actuación (.../...). Precisamente la especialización técnica del Banco de España explica y hace razonable, en el contexto constitucional, que se le confíen determinadas misiones por delegación del Gobierno o ex lege. No existe, pues, la incompetencia relativa que se denuncia. La ordenación básica del crédito y la Banca, en su aspecto institucional, corresponde no sólo a los Cuerpos colegisladores y al Gobierno, sino también, en un nivel operativo, al Banco de España” (FJ 3º).

Se corresponde esta facultad con la existente ya en la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico y en otros organismos de naturaleza análoga como la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁷⁷⁴ o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aunque el grado de intensidad regulatoria de estas disposiciones en cada una de estas entidades no sea necesariamente idéntico.

⁷⁷⁴ Ver art. 15 de la Ley del Mercado de Valores; y art. 1.2.f) de la Ley de Telecomunicaciones y art. 20 del Reglamento de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.

Se otorga no obstante con esta facultad a la Comisión la posibilidad de trazar u orientar el desarrollo normativo energético, si bien dentro de un bloque normativo reglamentario prefigurado a cuyos límites deben someterse la propia norma “de ejecución o desarrollo”, similar a la idea de “*enforcement law*” del derecho anglosajón.

Ello abre en nuestro ordenamiento en cierto sentido, junto con el alcance interpretativo de otras funciones de la CNE como la primera, duodécima, decimotercera, decimoquinta o decimosexta, la posibilidad de analizar –importándolo si fuera posible– la práctica y debate doctrinal americano sobre las “orders” y las “rules”.

A tal efecto, en el sistema jurídico norteamericano existe una ya antigua polémica doctrinal, de gran incidencia práctica, sobre la forma y el alcance de las normas administrativas atribuidas o escogidas por las Agencias Reguladoras para manifestar su decisión o pronunciarse sobre una determinada materia o problema.

Por tanto, la potestad normativa de tales órganos ha podido manifestarse tanto a través de *rules* como de *orders*. Es decir, mediante los procedimientos de *rulemaking* (es decir, normas generales) o de *adjudication* (procedimiento decisorio gradualista y casuístico apoyado en la experiencia advertida en cada supuesto regulatoriamente examinado de forma individual o susceptible de serlo).

“No todos los principios esenciales para la efectiva aplicación de una Ley pueden o deberían recogerse inmediatamente en el molde de una norma general. Algunos principios deben esperar su propio desarrollo, mientras que otros deben ser adoptados para hacer frente a situaciones particulares e imprevisibles. En el desempeño de sus importantes funciones una Agencia administrativa debe poder obrar, bien por medio de una norma general, bien por medio de una decisión individual. Insistir en una forma de acción con exclusión de la otra equivale a exaltar la forma sobre la necesidad. En otras palabras, en un caso pueden surgir problemas que la Agencia administrativa no pudo razonablemente prever, problemas que han de ser resueltos pese a la ausencia de una norma general aplicable... O la naturaleza del problema puede ser tan especializada y cambiante que no sea posible abordarla dentro de los límites de una norma general. Para que la acción administrativa sea eficaz, la Agencia, en tales situaciones, debe retener la capacidad de

*hacer frente a los problemas de forma casuística. Hay, por consiguiente, un ámbito muy definido para la evolución casuística de las previsiones legislativas. Y la opción entre proceder mediante una norma general o mediante decisiones individuales y “ad hoc” corresponde primariamente a la discreción informada de la Agencia administrativa”*⁷⁷⁵.

El carácter restrictivo que el Reglamento de la Comisión otorgaba a esta facultad se pone de manifiesto al obligar que las Circulares elaboradas por la Comisión debían no sólo contar con el informe de legalidad del asesor jurídico de la Comisión, sino que tengan que someterse –también– a informe de la Abogacía del Estado del Ministerio de Industria y Energía, con carácter previo a su publicación en el Boletín oficial del Estado. Consideramos innecesaria y restrictiva esta obligación, aunque no sustantiva, como hemos intentado explicar en páginas precedentes. Sería a nuestro juicio bastante el control de legalidad interno, siendo, en todo caso, deseable, la coordinación interorgánica administrativa entre la Secretaría del Consejo y la Abogacía del Estado del Ministerio a fin de disponer de la mayor unidad de criterio en cuanto al alcance jurídico de las disposiciones de la Comisión, entendida esta coordinación como un mecanismo de mutua información y asistencia pero no como una avocación competencial o un vaciamiento de las responsabilidades propias del órgano de gobierno de la Comisión y su asesor jurídico.

La Comisión está facultada, pues, para participar, mediante informes preceptivos o vinculantes o concretas propuestas, o autorizaciones reglamentarias, de modo determinante en la labor de desarrollo normativo desde el punto de vista de su contenido material, si bien

⁷⁷⁵ Securities and Exchange Commission v. Chenezy, 332. U.S. 194-202-203. 1947. Recogido en Juan José Lavilla Rubira: *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América*. Civitas. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1991. Ver también el trabajo de Rosa Comella Dorda: *Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de los Estados Unidos: evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, pág. 28, en el que se nos recuerda también jurisprudencia norteamericana clásica en orden a establecer la línea divisoria entre *rulemaking* y *adjudication*: *Londoner v. Denver* 203 US 373, 198; y *Biometallic investment v. State Board of Equalization of Colorado*, 239 US 441; 1915. De acuerdo con la Administrative Procedure Act norteamericana, Rule se define como “*The whole or a part of and agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy, or describing the organization, procedure, or practice requirements of and agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganization thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances thereof or of valuations, costs or accounting, or practices bearing or any of the foregoing*”. Por su parte se considera que nos encontramos ante una orden en el siguiente marco residual: “*the whole or a part of a final disposition, whether affirmative, negative, injunctive, or declaratory in form, of an agency in a matter other than rulemaking, but including licensing*”.

en su expresión formal la participación de la CNE en la regulación eléctrica deba evidentemente someterse a los límites que establece el artículo 97 de la Constitución residenciando a favor del Gobierno la potestad reglamentaria.

(iii) *Arbitraje.*

La función arbitral atribuida al Ente regulador del sector debe vincularse a su misión supervisora del funcionamiento del mismo y, por tanto, del mercado eléctrico de manera que se evite o impida la limitación de la competencia o su falseamiento.

Nada hay que objetar, señala Eva Desdentado en una reflexión general sobre las Administraciones independientes sobre las funciones de carácter voluntario para los agentes del mercado, pero entiende que es de dudosa constitucionalidad la atribución a estas Administraciones de una competencia de resolución de conflictos con carácter obligatorio para los operadores⁷⁷⁶.

Asimismo, se podrán someter al arbitraje de la Comisión los conflictos que se susciten entre los consumidores que tengan la consideración de cualificados y los sujetos a los que se refiere el párrafo anterior.

Esta función de arbitraje será gratuita y no tendrá carácter público⁷⁷⁷. El sometimiento a este arbitraje es voluntario.

⁷⁷⁶ Ver la obra de Eva Desdentado ya citada. En el marco de esta reflexión la autora pone como ejemplo determinados artículos de la Ley 12/1997 de Telecomunicaciones, y el Real Decreto 1994/1996 por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, pero es evidente que dicha crítica sería extensible a preceptos análogos de la Ley del Sector de Hidrocarburos y el Real Decreto que dispone el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía.

⁷⁷⁷ Ver Disposición Adicional Undécima. Tercero. Novena, de la Ley de Hidrocarburos y arts. 7 a 13 del Reglamento de la Comisión. Los arts. 8 a 13 establecen el procedimiento arbitral.

Manifestaciones de la actividad administrativa arbitral en los conflictos individuales privados (ver Parada Vázquez. T. Derecho Administrativo II) son

- Comisiones de Conciliación en materia de seguros privados, creadas por la Ley 33/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado.

La actuación arbitral de la Comisión será instada por escrito firmado por el actor o su representante en el que se expresará el nombre y domicilio del reclamante y de la persona contra la que se dirige la reclamación, los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, en su caso, en los que aquella se funde, el contenido de la reclamación y, en su caso, la proposición de las pruebas que estime pertinentes.

La Comisión, para la práctica de las pruebas, podrá solicitar la colaboración de los órganos de la Administración General del Estado, que deberán prestarla con la mayor celeridad posible.

Practicada la prueba, la Comisión requerirá a las partes para que formulen sus conclusiones por escrito. La Comisión, de oficio o a petición de las partes, podrá acordar la celebración de vista oral.

No podrá dictarse el laudo arbitral sin la conformidad de, al menos, cinco de los miembros que constituyen el Consejo de Administración de la Comisión.

B) Funciones en materia de Competencia.

(i) De carácter general.

El término supervisión en la defensa de la competencia o en la vigilancia del funcionamiento del mercado lo empleamos como cláusula genérica de atribución de un haz de potestades en las que se incluyen los términos de autorización, comprobación, petición de información o sanción.

-
- Juntas Arbitrales de Transporte, creadas por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres.
 - Juntas Arbitrales de Arrendamientos Rústicos, creadas por la Ley de 31 de diciembre de 1980.
 - Arbitraje del Ministerio de Agricultura, establecido por la Ley 19/1982, de 26 de mayo, en materia de tráfico de productos agrarios.
 - Arbitraje Ley 26/1984, de 19 de julio, de Defensa de Consumidores y Usuarios.

A estos efectos, señala este precepto, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia –lo que expresa inequívocamente la facultad de la Comisión para aplicar esta norma–, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante con la calificación que le merecen dichos hechos. Por tanto, de una parte la Comisión fundamenta su creación y funciones en el objetivo central de velar por la competencia efectiva de los mercados y la transparencia de su funcionamiento⁷⁷⁸. Misión principal de la Comisión que es, precisamente, la que de acuerdo con la Ley legitima y fundamenta su creación, ya que esta misión persigue como finalidad básica –elemento tácito lógico de la misma– “*el beneficio de todos los sujetos que operan en dichos sistemas [los energéticos] y los consumidores*”.

(ii) *Concentración de empresas o toma de control.*

De conformidad con lo establecido en la función decimoquinta del apartado tercero, 1, de la Disposición Adicional Undécima de la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998, la Comisión Nacional de Energía deberá informar preceptivamente sobre las operaciones de concentración de empresas o de toma de control de una o varias empresas energéticas por otra que realice actividades en el mismo sector cuando las mismas hayan de ser sometidas al Gobierno para su decisión, de acuerdo con la legislación vigente en materia de competencia.

Para que la operación o proyecto de concentración de empresas deba ser sometido al Gobierno para su decisión y por tanto requiera el informe preceptivo de la Comisión Nacional de Energía, deberá cumplir las condiciones establecidas en el artículo 14 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia modificado por el artículo 10 del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de Competencia.

⁷⁷⁸ A. Petitbó Juan y S. Martínez Lage, entre otros, se han manifestado contrarios a la aplicación de las normas de la competencia por los organismos reguladores sectoriales, por entender que su ejercicio rompería la unidad del sistema e incrementaría los riesgos de captura del regulador por el regulado. Ver a tales efectos S. Martínez Lage: *¿Organos sectoriales de defensa de la competencia?*. Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, 1997, y *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia*, en Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia, 1998.

Si la operación de concentración recae dentro del ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) 4064/1989, del Consejo, modificado por el Reglamento (CEE) 1310/1997, no será susceptible de ser notificada de acuerdo a lo establecido en el mencionado artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia y por tanto no será preceptivo el informe de la Comisión Nacional de Energía.⁷⁷⁹

⁷⁷⁹ El procedimiento establecido en los artículos 15 y siguientes de la Ley de Defensa de la Competencia, modificada por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de Competencia, establece que la notificación de las operaciones que entren en el ámbito de aplicación del artículo 14 deberá presentarse en el Servicio de Defensa de la Competencia con carácter previo a la realización de la operación.

Por otro lado, establece el mismo artículo 15 que con carácter previo a la notificación podrá formularse consulta al Servicio respecto del cumplimiento de los umbrales mínimos para que una operación sea notificada.

Una vez notificada formalmente una operación de concentración, el Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia, podrá remitir al Tribunal de Defensa de la Competencia los expedientes de aquellos proyectos u operaciones notificados por los interesados que puedan obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva para que dictamine en el plazo de tres meses.

Se entenderá que la Administración no se opone a la operación si transcurrido un mes desde la notificación al Servicio no se hubiera enviado la misma al Tribunal.

El Tribunal remitirá su dictamen al Ministro de Economía para que lo eleve al Gobierno, que en el plazo máximo de tres meses podrá decidir. Si transcurrido el plazo de tres meses desde que se recibe el dictamen del Tribunal, el Consejo de Ministros no hubiera adoptado su decisión, la operación se entenderá tácitamente autorizada.

De acuerdo con el mencionado procedimiento, los trámites que puede seguir una operación de concentración, o acuerdo que en principio pueda considerarse como tal son los siguientes:

1. Consulta previa optativa consistente en el análisis por el Servicio de Defensa de la Competencia respecto a si la operación supera los umbrales mínimos de notificación obligatoria previstos en el artículo 14 de la Ley de Defensa de la Competencia.
2. Notificación formal de la operación de concentración al Servicio de Defensa de la Competencia.
3. Acuerdo del Ministro de Economía y Hacienda:
 - a) Autorizando la operación o
 - b) Remitiendo el expediente al Tribunal.
4. Emisión por el Tribunal de Defensa de la Competencia de su informe en el plazo de tres meses.
5. Remisión del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia al Ministro de Economía y Hacienda para que lo eleve al Gobierno.
6. Decisión del Gobierno en el plazo de tres meses.

Esta función decimoquinta debe ponerse en relación, como señala Marina Serrano, con la decimocuarta, consistente en *“autorizar las participaciones realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas en cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil. Sólo podrán denegarse las autorizaciones como consecuencia de la existencia de riesgos significativos, directos o indirectos, salvo las actividades reguladas en la Ley, pudiendo por estas razones dictarse autorizaciones que expresen condiciones en las cuales puedan realizarse las mencionadas operaciones”*.

Coincidimos con Marina Serrano en la interpretación de este precepto al entender que al referirse a la necesidad de autorización por la CNE de las tomas de participación de cualquier entidad que realice actividades de naturaleza mercantil, cuando las tomas de participación sean realizadas por sociedades con actividades que tienen la consideración de reguladas, exige la autorización para cualquier toma de participación que realiza una sociedad con actividades reguladas aunque se trate de otra sociedad del mismo sector eléctrico, o gasista y cualquiera que sea la entidad de la participación adquirida⁷⁸⁰.

En el sector de hidrocarburos esta calificación sólo se dirige al sistema de gas natural encuadrando las siguientes actividades: regasificación, almacenamiento estratégico, transporte y distribución⁷⁸¹.

La finalidad de la intervención de la CNE, a través de la autorización, es velar para que la operación no determine riesgos significativos o efectos negativos, directos o indirectos, sobre las actividades reguladas con su correspondiente debilitamiento financiero de las sociedades que les dan soporte. Sólo cuando concurren estos riesgos o efectos negativos podrá denegarse la autorización, que salvo en los supuestos citados deberá ser concedida. La Ley habilita asimismo a la CNE para dictar autorizaciones que expresen condiciones en las cuales pueden realizarse las mencionadas operaciones⁷⁸².

⁷⁸⁰ En la ordenación del sector eléctrico las actividades que tienen el carácter de reguladas son: la gestión económica y técnica del sistema, el transporte y la distribución (art. II.2 de la Ley 54/1997).

⁷⁸¹ Ver Título IV, Capítulo II, de la Ley sobre “Ordenación del suministro de gases combustibles por canalización”.

⁷⁸² Ver Marina Serrano: La Comisión Nacional de Energía. Regulación y Competencia en el sector eléctrico. Civitas. 1999.

La Ley del Sector de Hidrocarburos no estableció límite o umbral cuantitativo alguno respecto a la participación a adquirir en otra entidad, sólo impone que sea realizada por una sociedad con actividades que tienen la consideración de reguladas o por aquellas sociedades mercantiles que desarrollan actividades reguladas.

Por tanto la adquisición de participaciones, aunque no sea llevada a cabo por una sociedad que realiza actividades reguladas directamente pero que se inserta, con poder de dirección, en un grupo de sociedades, podría afectar a las sociedades del mismo que sí las realicen, habilitando con ello la habilitación de la Comisión para el ejercicio de la función que comentamos.

El Real Decreto-Ley 6/2000, en su artículo 34, establece interesantes funciones de la CNE en cuanto a los operadores principales de los sectores energéticos, correspondiéndole la determinación de los mismos y en régimen peculiar de autorización, supervisión y sanción⁷⁸³.

(iii) *Resolución de conflictos.*

Tanto las precedentes leyes del sector eléctrico como la de hidrocarburos reconocen la facultad de la CNE de intervenir en la resolución de conflictos entre los operadores, en particular en lo referente al acceso a las redes. Con ello se pretende proyectar la función primera de la Comisión de velar por la competencia, la transparencia y no discriminación conociendo y resolviendo aquellos supuestos que ponen en tela de juicio la efectividad de los mismos y, por tanto, las garantías de una competencia efectiva.

⁷⁸³ Ver el R.D. de Desarrollo del art. 34 que aprueba el Reglamento.

3. LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA.

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC⁷⁸⁴, es el resultado final de una tramitación normativa que se inició hace año y medio, cuando el Consejo de Ministros celebrado el 24 de febrero de 2012 aprobó un Informe propuesto por el Ministerio de la Presidencia sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de Organismos Supervisores⁷⁸⁵, que fue enviado a los Organismos Reguladores (o autoridades supervisoras) para que emitiesen un informe al respecto, así como a las instituciones competentes en materia de consumidores y usuarios para cumplir con el trámite de audiencia.

Una vez emitidos los referidos Informes, entre los que debemos destacar por sus interesantes consideraciones el emitido por la CNE⁷⁸⁶, el Consejo de Ministros de 28 de septiembre de 2012 aprobó el Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que fue enviado de forma inmediata a las Cortes Generales para su tramitación y aprobación parlamentaria⁷⁸⁷.

Finalmente, la Ley fue aprobada el 4 de junio de 2013, entrando en vigor el día 6 de ese mismo mes, y ha sido desarrollada por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, que a su vez entró en vigor el 1 de septiembre⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013.

⁷⁸⁵ <http://www.lamoncloa.gob.es/ConsejodeMinistros/Referencias/2012/refc20120224.htm#Supervisores>

⁷⁸⁶ “Informe sobre el anteproyecto de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, aprobado en la sesión del Consejo de la CNE de 15 de marzo de 2012, disponible en Internet.

⁷⁸⁷ Esta tramitación no ha estado exenta de cierta polémica y de duras críticas emitidas desde diversos ámbitos, destacando las recogidas en los propios informes emitidos por las autoridades a extinguir, que, como es lógico, estaban en contra de la reforma.

⁷⁸⁸ Como complemento de todo ello, hay que tener en cuenta que el pasado 5 de julio el Consejo de Ministros remitió a las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, que va a ser fundamental a la hora de la aplicación práctica del nuevo sistema de regulación.

La Ley de creación señala que la Comisión ejercerá funciones⁷⁸⁹, con carácter singular, en determinados sectores y mercados regulados, donde la aplicación de la normativa de

⁷⁸⁹ CAPÍTULO II

Funciones

Artículo 5 Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos

1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

- a) Supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos.
- b) Realizar las funciones de arbitraje, tanto de derecho como de equidad, que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, así como aquellas que le encomienden las leyes, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función arbitral no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se regulará mediante Real Decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad.

- c) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo y de las propias de la jurisdicción competente.
 - d) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de control de concentraciones económicas
 - e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.
 - f) Aplicar en España los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su Derecho derivado, sin perjuicio de las competencias que correspondan en el ámbito de la jurisdicción competente.
 - g) Adoptar medidas y decisiones para aplicar los mecanismos de cooperación y asignación de expedientes con la Comisión Europea y otras comisiones nacionales de competencia de los Estados miembros previstos en la normativa comunitaria y, en particular, en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y en el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y sus normas de desarrollo.
 - h) Promover y realizar estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.
 - i) Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.
2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el

Gobierno, los departamentos ministeriales, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio y las Organizaciones Empresariales y de Consumidores y Usuarios. En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.
 - b) Informar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.
 - c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.
 - d) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.
3. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1 y 2, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, en el sector eléctrico y en el sector de gas natural, en el sector ferroviario, en materia de tarifas aeroportuarias y el mercado postal, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia estará a lo dispuesto en los artículos 6 a 11 de esta Ley.
 4. En cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.
 5. Para el ejercicio de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dispondrá, de conformidad con lo establecido por el Capítulo IV de esta Ley en materia presupuestaria, de recursos financieros y humanos adecuados, incluidos los necesarios para participar activamente en las actividades de la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía y del Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas y contribuir a las mismas.

Artículo 6 Supervisión y control del mercado de comunicaciones electrónicas

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

1. Definir y analizar los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, entre los que se incluirán los correspondientes mercados de referencia al por mayor y al por menor, y el ámbito geográfico de los mismos, cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones específicas, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo.
2. Identificar el operador u operadores que poseen un poder significativo en el mercado cuando del análisis de los mercados de referencia se constata que no se desarrollan en un entorno de competencia efectiva.
3. Establecer, cuando proceda, las obligaciones específicas que correspondan a los operadores con poder significativo en mercados de referencia, en los términos establecidos en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.

4. Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1.a) de la presente Ley.
5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo.
6. Realizar cualesquiera otras funciones que le sean atribuidas por Ley o por Real Decreto.

Artículo 7 Supervisión y control en el sector eléctrico y en el sector del gas natural

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará y controlará el correcto funcionamiento del sector eléctrico y del sector del gas natural. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

1. Establecer mediante circulares, dictadas de conformidad con el artículo 30 de esta Ley, previo trámite de audiencia y con criterios de eficiencia económica, transparencia, objetividad y no discriminación:
 - a) La metodología para el cálculo de la parte de los peajes de acceso a las redes de electricidad correspondientes a los costes de transporte y distribución, que se establecen en el artículo 17.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, de acuerdo con el marco tarifario y retributivo establecido en dicha Ley y en su normativa de desarrollo.

A estos efectos, se entenderá como metodología de cálculo de los peajes, la asignación eficiente de los costes de transporte y distribución a los consumidores y generadores.

- b) La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, de acuerdo con el marco normativo de acceso a las infraestructuras y de funcionamiento del mercado de producción de energía eléctrica y a los criterios que se determinen reglamentariamente.

Véase Circular 2/2014, de 12 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la congestión, así como la metodología relativa a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema («B.O.E.» 17 marzo).

- c) Las metodologías relativas a la prestación de servicios de equilibrio entre sistemas gestionados por distintos operadores del sistema, que desde el punto de vista de menor coste, de manera justa y no discriminatoria, proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren su producción y consumo, de acuerdo con el marco normativo para el correcto funcionamiento del sistema eléctrico.
 - d) La metodología para el cálculo de los peajes y cánones de los servicios básicos de acceso a las instalaciones gasistas: transporte y distribución, regasificación, almacenamiento y carga de cisternas, dentro del marco tarifario y retributivo definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, y en su normativa de desarrollo.
 - e) La metodología relativa a la prestación de servicios de balance de forma que proporcionen incentivos adecuados para que los usuarios de la red equilibren sus entradas y salidas del sistema gasista dentro del marco normativo de acceso y funcionamiento del sistema definido en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en su normativa de desarrollo.
 - f) La metodología relativa al acceso a las infraestructuras transfronterizas, incluidos los procedimientos para asignar capacidad y gestionar la de desarrollo.

Véase Circular 1/2014, de 12 de febrero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los mecanismos de asignación de capacidad a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa («B.O.E.» 19 febrero).

Véase Circular 1/2013, de 18 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los mecanismos de gestión de congestiones a aplicar en las conexiones internacionales por gasoducto con Europa («B.O.E.» 17 enero 2014).

2. Supervisar la gestión y asignación de capacidad de interconexión, el tiempo utilizado por los transportistas y las empresas de distribución en efectuar conexiones y reparaciones, así como los mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes.

A estos efectos, velará por la adecuada publicación de la información necesaria por parte de los gestores de red de transporte y, en su caso, de distribución, sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas.

3. Supervisar y, en su caso, certificar, la separación de las actividades de transporte, regasificación, distribución, almacenamiento y suministro en el sector del gas, y de las actividades de generación, transporte, distribución y suministro en el sector eléctrico, y en particular su separación funcional y la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre dichas actividades.
4. Velar por el cumplimiento de la normativa y procedimientos que se establezcan relacionados con los cambios de suministrador.
5. En el sector del gas natural, supervisar las condiciones de acceso al almacenamiento, incluyendo el almacenamiento subterráneo, tanques de Gas Natural Licuado (GNL) y gas almacenado en los gasoductos, así como otros servicios auxiliares. Asimismo, supervisar el cumplimiento por parte de los propietarios de los requisitos que se establezcan para los almacenamientos no básicos de gas natural.
6. Supervisar las condiciones y tarifas de conexión aplicables a los nuevos productores de electricidad.
7. Supervisar los planes de inversión de los gestores de red de transporte, en particular, en lo que se refiere a su adecuación al plan de desarrollo de la red en el ámbito de la Unión Europea, pudiendo realizar recomendaciones para su modificación.
8. Velar por el respeto a la libertad contractual respecto de los contratos de suministro interrumpible y de los contratos a largo plazo siempre que sean compatibles con la legislación vigente y el Derecho de la Unión Europea.
9. Velar por el cumplimiento de las normas de seguridad y fiabilidad de las redes.
10. Velar por el cumplimiento, por los transportistas y distribuidores y, en su caso, por los propietarios de las redes y por los gestores de redes de transporte y distribución, de las obligaciones impuestas en la normativa aplicable, incluyendo las cuestiones transfronterizas. Asimismo, velará por la correcta aplicación por parte de los sujetos que actúen en los mercados de gas y electricidad de lo dispuesto en las disposiciones normativas de la Unión Europea.
11. Supervisar la adecuación de los precios y condiciones de suministro a los consumidores finales a lo dispuesto en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, y en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, y sus normativas de desarrollo y publicar recomendaciones, al menos anualmente, para la adecuación de los precios de los suministros a las obligaciones de servicio público y a la protección de los consumidores.
12. Asegurar el acceso de los clientes a los datos de su consumo, en formato comprensible, armonizado y de forma rápida.
13. Determinar los sujetos a cuya actuación sean imputables deficiencias en el suministro a los usuarios, proponiendo las medidas que hubiera que adoptar.
14. Garantizar la transparencia y competencia en el sector eléctrico y en el sector del gas natural, incluyendo el nivel de los precios al por mayor, y velar por que las empresas de gas y electricidad cumplan las obligaciones de transparencia.

defensa de la competencia resulta insuficiente para garantizar la existencia de una competencia efectiva. Estos sectores o ámbitos son los siguientes: las comunicaciones electrónicas y la comunicación audiovisual, los mercados de la electricidad y de gas natural, el sector postal, las tarifas aeroportuarias y determinados aspectos del sector ferroviario.

Las funciones que la Comisión ejercerá sobre los citados sectores han sido tradicionalmente desempeñadas por los organismos reguladores sectoriales, por requerirse la independencia respecto de los intereses públicos que pudiesen confluir. En particular, abarcan funciones de supervisión y control, así como funciones de resolución de conflictos, más amplias y flexibles que las de mero arbitraje.

Respecto de las funciones a desarrollar por el nuevo organismo, cabe señalar que se ha procedido a una reordenación de funciones entre la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y los departamentos ministeriales correspondientes. Las disposiciones adicionales sexta a undécima aclaran qué funciones concretas asumirá cada Ministerio. Con esta reestructuración funcional, la Ley persigue ante todo la eficacia de la intervención pública. En general, los Ministerios pasan a asumir todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia, así como tareas que resultaban de escasa utilidad para la consecución de los objetivos de la Comisión. Ello permite que la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concentren su actuación en las funciones que verdaderamente sirven a su objeto fundamental, velar por un funcionamiento correcto de los mercados y la libre competencia.

A la hora de plantear la revisión del sistema, el primer elemento que ha de tomarse en consideración es algo que debe caracterizar, no ya a cualquier mercado, sino a todos los sectores de la actividad económica: la seguridad jurídica y la confianza institucional. Estas se consiguen con unas normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos. Cuanto mayor sea la

-
15. Supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista, incluidas entre otras, las reclamaciones planteadas por los consumidores de energía eléctrica y de gas natural, y las subastas reguladas de contratación a plazo de energía eléctrica.

proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia.

En segundo lugar, de modo especialmente importante en el entorno de austeridad en el que se encuentra la Administración Pública, se deben aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada.

En tercer lugar, las instituciones han de adaptarse a la transformación que tiene lugar en los sectores administrados. Debe darse una respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que se evite el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada.

En los últimos años, se detecta una clara tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo uni-sectorial a un modelo de convergencia orgánica, material o funcional en actividades similares o a un modelo multisectorial para sectores con industrias de red. Las ventajas que han motivado la adopción de estos modelos son las de optimizar las economías de escala y garantizar el enfoque consistente de la regulación en todas las industrias de red. Además, se ha argumentado que el riesgo de captura del regulador, tanto por el sector privado como por el gobierno, es menor en el caso de las autoridades multisectoriales, al reducirse la importancia relativa de un determinado sector o de un determinado ministerio para la autoridad.

La Ley señala, a mi juicio sobrevalorada, la importancia de este modelo que, en algunos casos, como el de los Países Bajos, se han integrado las autoridades reguladoras de ciertos sectores en la autoridad de competencia. Con ello se consigue una mayor eficacia en la supervisión de la competencia en los mercados, al poder contar de forma inmediata con el conocimiento de los reguladores sectoriales, que ejercen un control continuo sobre sus respectivos sectores a través de instrumentos de procesamiento de datos más potentes.

La situación actual en España, en la que se ha aprobado la creación de ocho organismos supervisores vinculados a los mercados de productos y de servicios y se ha previsto la creación de otro más, debe evolucionar hacia los modelos que se están implantando en los países de nuestro entorno. La filosofía que subyace en la existencia de todos estos organismos es fundamentalmente velar por unos mercados competitivos y unos servicios de calidad, en beneficio de los ciudadanos. La presencia de todas estas entidades de forma separada, con sus respectivos órganos de gobierno y medios materiales, exige una reforma de calado teniendo en cuenta la existencia de funciones, procedimientos, metodologías y conocimientos que, por su identidad o semejanza, bien podrían ejercerse o aplicarse por una sola institución.

4. EL CONSEJO EUROPEO DE REGULADORES DE ENERGÍA: ¿UNA AGENCIA FEDERAL DE LA ENERGÍA EN LA UE?

En el año 2000 se acordó la constitución de un Consejo Europeo de Reguladores de la Energía, sin personalidad jurídica definida, pero como instancia de coordinación e interlocución entre administraciones reguladoras y respecto de las instituciones comunitarias⁷⁹⁰. Se pretendía así sentar las bases iniciales de una instancia nueva que

⁷⁹⁰ Son miembros fundadores de este Consejo las instituciones siguientes:

- **AUTORITÀ PER L'ENERGIA ELETTRICA E IL GAS (ITALIA)**, constituida por Ley nr. 481/95 de 14 de noviembre de 1995, con sede oficial en la Piazza Cavour 5, 20121 Milano, Italy;
- **COMISIÓN NACIONAL DE ENERGÍA (ESPAÑA)**, con sede oficial en calle Marqués del Duero, 4, 28001 Madrid, España;
- **COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ELECTRICITÉ ET DU GAZ, COMMISSIE VOOR DE REGULERING VAN DE ELEKTRICITEIT EN HET GAS, ELEKTRIZITÁTS-UND GASREGULIERUNGSKOMMISSION (BÉLGICA)**, con sede oficial en rue de l'Industrie/Nijverheidsstraat, 26-38, 10040 Bruxelles/Brussel, Belgium;
- **COMMISSION DE REGULATION DE L'ENERGIE (FRANCIA)**, con sede oficial en rue du Quatre-Septembre, 75084 Paris Cedex 02, France;
- **COMMISSION FOR ENERGY REGULATION (IRLANDA)**, con sede oficial en Plaza House, Belgard Road, Tallaght, Dublin 24, Ireland;
- **DIENST UITVOERING EN TOEZICHT ELEKTRICITEITSWET (NETHERLANDS)**, con sede oficial en Wijnhaven 24, 2511 GA Den Haag, The Netherlands;
- **ENERGIAMARKKINAVIRASTO (FINLANDIA)**, con sede oficial en Linthuhlandenkatu 10, 00500 Helsinki, Finland;

fortalezca la aproximación de posiciones entre reguladores energéticos europeos y avance en la mejor comprensión y articulación de sus funciones y representatividad común de dichas entidades⁷⁹¹, iniciando así un método de “regulación cooperativa” entre distintas entidades con competencias o funciones reguladoras en los países de la Unión.

La creación de este Consejo Europeo, integrado en su momento constitutivo por once entidades de regulación en los sectores de electricidad y/o gas natural, a través de la firma de un “Memorandum of Understanding” en Bruselas el 7 de marzo de 2000, constituyó, en nuestra opinión, un hito de especial relevancia, por tres razones: a) Como instancia de intercambio de información y fijación de posibles orientaciones o criterios de regulación

-
- **ENERGIE-CONTROL GESELLSCHAFT FÜR DIE REGULIERUNG DES ELEKTRIZITÄTS- UND ERDGASMARKTES IN ÖSTERREICH MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNGMBH (AUSTRIA)**, con sede oficial en Rudolfspaltz 13a, 1010 Wien, Austria;
 - **ENERGITILSYNET (DINAMARCA)**, con sede oficial en Nørregade 49, 1165 København K, Denmark;
 - **ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS (PORTUGAL)**, constituída mediante Decreto Ley nr. 97/2002, de 12 de abril de 2002, con sede oficial en Edifício Restelo, Rua Dom Cristóvão da Gama n.º 1, 1400-113 Lisboa, Portugal;
 - **INSTITUT LUXEMBOURGEOIS DE RÉGULATION (LUXEMBURGO)**, con sede oficial en 45, allée Scheffer, 2922 Luxembourg;
 - **NORGES VASSDRAGS-OG ENERGIVERK (NORUEGA)**, con sede oficial en Middelthunsgate 29, 0301 Oslo;
 - **OFFICE OF GAS AND ELECTRICITY MARKETS (GRAN BRETAÑA)**, con sede oficial en Millbank 9, London SW1P 3GE, United Kingdom;
 - **Ρυθμιστική Αρχή Ενέργειας (GRECIA)**, con sede oficial en Panepistimiou 69, 105 64 Athina, Greece;
 - **STATENS ENERGIMYNDIGHET (SUECIA)**, con sede oficial en Kungsgatan 43, 631 04 Eskilstuna, Sweden;

⁷⁹¹ En el área Iberoamericana se constituyó la Asociación Iberoamericana de Entidades Reguladoras del Sector Eléctrico (ARIAE), cuyo objeto es promover el avance y el intercambio de experiencias regulatorias en el sector eléctrico, compartir el conocimiento regulatorio en dicho sector, así como propiciar la comunicación entre especialistas y profesionales de las entidades asociadas que lo integran mediante acciones que tiendan a lograr, entre otras:

- a) La cooperación técnica entre sus socios;
- b) La formación y capacitación de personal en todos los niveles, y su intercambio entre los socios;
- c) La transferencia de conocimientos, informaciones, experiencias y estudios en los campos técnico, económico, normativo, jurídico y otros, aplicando modernas tecnologías de la información;
- d) La coordinación de actividades de interés común a sus socios, incluso en los campos de investigación y desarrollo;
- e) La cooperación e intercambio de información e ideas con otras instituciones de regulación afines.

Y en los Estados Unidos cuenta con larga tradición la “National Association of Regulatory Commissioners” (NARUC), además naturalmente de la FERC y las Comisiones de los diferentes Estados.

comunes; b) Por el reforzamiento a escala comunitaria de este tipo de entidades y por tanto apoyo a su legitimidad institucional; c) Como cauce de interlocución sobre asuntos regulatorios y sectoriales con la Comisión Europea a través de sus órganos y unidades competentes⁷⁹².

Legitimidad, credibilidad, acción común, sobre estos tres ejes se expresa abierta o tácitamente la formación del Consejo Europeo de Reguladores de Energía⁷⁹³.

4.1. Los principios.

El documento de constitución consta de un preámbulo o parte declarativa y un clausulado en el que materializa el alcance del “Acuerdo” que las partes convienen en suscribir.

En el expositivo se afirma que es propósito común de los signatarios alcanzar la apertura y más estrecha integración de los mercados eléctricos y gasistas europeos. A continuación se formula una clara referencia a los principios emanados de los Tratados comunitarios como elemento inspirador de la acción común energética y, en particular, a los principios de libre circulación de mercancías y servicios, derecho de establecimiento, reglas sobre competencia y principio de subsidiariedad.

4.2. Los objetivos.

Los objetivos que persigue la creación de este Consejo de Reguladores son los siguientes:

⁷⁹² Memorandum of Understanding.

⁷⁹³ El CES se congratula de la creación del Consejo Europeo de autoridades Reguladoras de Energía, y solicita de la Comisión que, en el futuro y a la vista de la experiencia de su funcionamiento, estudie la posibilidad de transformar este Consejo en una Agencia Europea, o entidad similar, con competencia en las materias relativas al transporte internacional de electricidad y gas natural.

A) Promoción de competencia en los mercados energéticos.

Este objetivo se considera central en la misión de los Reguladores y es el que aparece recogido de manera expresa en los puntos 1) *“promover el desarrollo de mercados eficientes de electricidad y gas en Europa”* y 2) *“cooperar con el objetivo de alcanzar mercados europeos competitivos de electricidad y gas en los cuales los principios de transparencia y no discriminación sean asegurados”*. Estos objetivos se corresponden perfectamente con la finalidad liberalizadora última, como subraya el tenor final del punto 2): *“Los Miembros reforzarán –se entiende que a través de lo expresado en los puntos precedentes y a través del conjunto de las misiones que les corresponden y se proponen compartir– y harán un seguimiento de los procesos de liberalización de los mercados de electricidad y gas”*.

La permanente alusión a los mercados –si bien también se alude a los sectores, punto 6), resalta específicamente la responsabilidad que sobre ellos recae en favor de estas entidades.

B) De coordinación interna.

El documento no puede ignorar lo que en otro momento más avanzado de la institucionalización y funcionalidad de los entes reguladores hubiera sido sólo un instrumento: los mecanismos de coordinación interna, que devengan en este estadio inicial y casi preliminar de su organización común un claro objetivo. Así se abunda en el mismo en los siguientes puntos y términos:

- Proporcionar un marco para el debate de los asuntos regulatorios y el intercambio de experiencias entre las entidades que lo forman (punto 5)⁷⁹⁴.

⁷⁹⁴ Jean Bergougnoux, refiriéndose al órgano regulador francés, la Comisión Reguladora del servicio eléctrico, afirma en tal sentido que las misiones de esta entidad revestirán cada vez más una dimensión europea: *“ya se trate de actuaciones cotidianas, en particular en la gestión de apartados vinculados al acceso a la red, de la armonización de las prácticas de regulación indispensables a un funcionamiento armonioso del sistema eléctrico europeo o a la preparación de un futuro, a más largo plazo, del mercado eléctrico europeo, la concertación entre los reguladores nacionales juega un rol determinante en el éxito de la Europa eléctrica de hoy y de mañana”*. Ver *Commissariat Général du Plan. “Services publics en réseau : perspectives de*

- Establecer mecanismos de cooperación, intercambio de información y mutua asistencia.
- Cuando sea posible trabajar para establecer políticas comunes –es decir, orientaciones o directrices de alcance regulatorio– entre los miembros.

C) *De contacto con las instituciones europeas y operadores energéticos.*

Juzgamos de gran trascendencia la mención que se efectúa sobre las instituciones europeas “y, en particular, con la Comisión Europea”, ya que por su propia naturaleza y competencias es la institución llamada a mantener una relación de diálogo, impulso y coordinación permanente con las entidades reguladoras nacionales.

A través, pues, de mecanismos institucionales y de coordinación interna se puede llevar a cabo una labor eficaz de ajuste, regulación y de elaboración o propuesta prenormativa.

4.3. El Acuerdo.

El primer punto del Acuerdo es naturalmente la creación del Consejo Europeo de Reguladores de Energía. A continuación se delimitan sus ámbitos subjetivo, objetivo y temporal y organizativos, en la forma siguiente:

A) *Ámbito objetivo.*

Los trabajos del Consejo tendrán por objeto los asuntos del mercado interior de la energía y en particular la transposición y desarrollo de las Directivas de gas y electricidad.

B) *Ámbito subjetivo.*

Podrán ser miembros del Consejo las instituciones de los diferentes Estados que se hayan adherido a los Tratados de la Unión y/o al menos hayan implementado o bien la Directiva eléctrica o la de gas. El estatuto de Observador también se reconoce.

C) *Ámbito organizativo interno.*

- *Adopción de acuerdos.*

Los acuerdos se adoptarán bajo la fórmula de consenso.

- *Presidente.*

El Consejo estará dirigido por un Presidente asistido por un Secretario Técnico.

El llamado tercer paquete legislativo⁷⁹⁵, plantea tanto ampliar la independencia, competencias y grado de coordinación de las reguladoras nacionales a través de las Entidades Independientes y el ERGEG, como proponer una Agencia Europea.

Así, la Directiva propone incrementar la cooperación a nivel europeo con los reguladores, en estrecha colaboración con la Agencia para la Cooperación de los Reguladores de la Energía y la Comisión para asegurar un mercado interno de la electricidad y el gas competitivo, seguro y medioambientalmente sostenible.

Los reguladores necesitan tener acceso a las decisiones operativas de las Compañías. Se propone obligar a las Compañías a conservar datos relativos a las decisiones operativas adoptadas en los últimos cinco años y poner dichos datos a disposición de los Organismo Reguladores nacionales así como a disposición de las Organismos competentes en materia de Competencia y los órganos correspondientes de la Comisión.

⁷⁹⁵ Propuesta de la Comisión para la modificación de la Directiva 2003/54/EC, reguladora de la electricidad, dada en Bruselas a 19 de septiembre de 2007.

Se propone que los Órganos Reguladores estén legalmente diferenciados y sean totalmente independientes de cualquier otra entidad pública o privada. Deben tener personalidad jurídica, autonomía financiera y presupuestaria, recursos humanos adecuados e independencia de gestión.

Un órgano independiente consultivo en materia de electricidad y gas fue establecido por la Comisión en 2003 con el objetivo de facilitar la cooperación entre los Órganos Reguladores de los Estados miembros “European Regulators Group for Electricity and Gas” (ERGEG). No obstante, la Comisión concluye que si se pretende crear un órgano independiente que pueda elevar propuestas a la Comisión sobre decisiones sustantivas y que pueda tomar decisiones regulatorias de carácter individual que sean vinculantes para terceros relativas a aspectos técnicos concretos, se precisa la creación de una AGENCIA⁷⁹⁶, a tal fin, se proponía la constitución de la **“Agencia para la cooperación de los Órganos reguladores de la Energía”**⁷⁹⁷, que tendría como funciones principales:

- a. Establecimiento de mecanismos de cooperación entre los Órganos Reguladores nacionales para el tratamiento de cuestiones transfronterizas., en especial en cuanto a intercambio de información y atribución de competencias en cuestiones que afecten a más de un Estado miembro.
- b. Seguimiento y control de la actividad de la Red de operadores de sistemas de transmisión de electricidad europeos.
- c. Atribución de poderes individuales de decisión relativos a infraestructuras transfronterizas y a los aspectos relacionados con las mismas.

⁷⁹⁶ Ver también a tal respecto los correspondientes Reglamentos de 2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por los que se crea el Grupo de Entidades de Reglamentación Europeas de las Telecomunicaciones (GERT), y el nº 1211/2009, de 25 de noviembre, por el que se establece el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE).

⁷⁹⁷ Es muy interesante, aunque no definitivamente concluyente, por el universo de Agencias regulatorias estudiadas, el estudio *“Comparing regulatory agencies. Report on the results of a worldwide survey”*. Chris Hanretty y Christel Koop. European University Institute. Florence. 2009.

- d. Asesoramiento a la Comisión y establecimiento de directrices no vinculantes sobre buenas prácticas de actuación dirigidas a los Órganos reguladores nacionales.

El tercer paquete legislativo para la apertura a la competencia de los sectores eléctrico y gasista ha dado cumplimiento a la señalada previsión⁷⁹⁸.

La base jurídica para la creación de la Agencia es el artículo 95⁷⁹⁹ de los Tratados y la norma se apoya en una serie de antecedentes normativos, políticos e institucionales⁸⁰⁰, así como en los Dictámenes favorables, aunque no vinculantes, del Comité Económico y Social⁸⁰¹ y el Comité de las Regiones⁸⁰². Dos precedentes, como antes señalábamos, deben tenerse en cuenta al analizar esta nueva figura: el Consejo Europeo de Reguladores Energéticos, que fue pionero en ensayar la coordinación de los reguladores nacionales y establecer cauces institucionales de información con los Servicios de la Comisión Europea; y el ERGEG, creado ya como órgano consultivo de la Comisión⁸⁰³. Aunque otras figuras existen, en sectores conexos, con menores competencias y funciones.

Como reconoce el propio Reglamento de creación de la Agencia, *“el trabajo realizado por el ERGEG desde su creación ha supuesto una aportación muy positiva al avance de los mercados internos del gas natural y la electricidad”*. Sin embargo, matiza el tercer Considerando de esta disposición *“la cooperación voluntaria entre las autoridades regulatorias nacionales debe tener lugar ahora dentro de una estructura comunitaria con*

⁷⁹⁸ Ver Reglamento (CE) n° 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía. DOUE de 14.8.2009.

⁷⁹⁹ Se trata del art 95 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que se corresponde con el actual art. 114 del Tratado de Funcionamiento de la UE, rubricado “Aproximación de las legislaciones”, y teniendo en cuenta que el Reglamento por el que se crea la Agencia, es un Acto jurídico adoptado en aplicación de los Tratados CE/Euratom, que se encaja, desde el punto de vista del procedimiento legislativo, en el marco del procedimiento legislativo ordinario.

⁸⁰⁰ Ver Dictamen del Parlamento Europeo de 18 de junio de 2008, así como la Posición del Parlamento Europeo de 22 de abril de 2009.

⁸⁰¹ Ver DO C-211, de 19.8.2008.

⁸⁰² Ver DO C-172, de 5.7.2008.

⁸⁰³ Ver Decisión 2003/796/CE. DO L-296, de 14.11.2003.

competencias claras y con la facultad de aprobar decisiones reguladoras". Más adelante se define a la Agencia como "entidad central independiente" necesaria para "ocupar el vacío regulador que existe a escala comunitaria"⁸⁰⁴.

La Agencia, se afirma, *"debe permitir a las autoridades reguladoras nacionales incrementar su cooperación a nivel comunitario y participar sobre bases comunes en el ejercicio de funciones de dimensión comunitaria"*.⁸⁰⁵ Así pues, se sostiene que la regulación comunitaria en el sector energético precisa de un salto cuantitativo, de un cambio de escala en las relaciones intrareguladoras nacionales y entre éstas y las autoridades europeas. Se reclama que la cooperación se inscriba "dentro de la estructura comunitaria con competencias claras", fijándose "bases comunes"⁸⁰⁶ en el ejercicio de funciones regulatorias de "dimensión comunitaria", a través de una "Entidad Central independiente". Ahora bien, un punto de especial significación, en este nuevo modelo de gobernanza energética europea, es aquel que recoge en la norma, en su artículo primero, al subrayar que la "La Agencia tendrá como objetivo asistir a las autoridades reguladoras nacionales... en el ejercicio a nivel comunitario de las tareas reguladoras desempeñadas en los Estados miembros...". Al expresar inequívocamente, en el artículo primero de la disposición, el relativo a "su objeto", que este atañe "al objetivo a nivel comunitario", se revela una clara vocación federal de la figura, que permite deducir que este acto normativo puede reflejar el acta de nacimiento de una Agencia Federal (de la UE) para la Regulación Energética, aunque ahora, el legislador comunitario haya querido ser más prudente y , la norma se concentre en desarrollar, fundamentalmente, misiones "tareas", en la terminología empleada en el texto normativo de "cooperación" o "coordinación".⁸⁰⁷ A partir de ahí se destacan las notas de independencia

⁸⁰⁴ La Comisión manifiesta en este documento que *"ERGEG en la práctica suele exigir el acuerdo de 27 reguladores y de más de 30 gestores de redes de transporte para poder llegar a un acuerdo, no está teniendo suficientes resultados"*. Así mismo, subraya que al ser un tema tan técnico y de alta complejidad económica, la propia Comisión no estaría en capacidad de cumplir con lo que se requiere. También señala que La red de autoridades de competencia creada en 2004 con arreglo al Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo constituye un modelo. Sin embargo, esto haría necesario dotar a la Comisión de poderes autónomos en el sector de la energía (actualmente estos poderes sólo existen el ámbito de las normas de competencia).

⁸⁰⁵ Considerando 5 del Reglamento n 713/2009 del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de Reguladores de Energía.

⁸⁰⁶ En el Considerando 10 de este Reglamento se lee "procede establecer un marco integrado en el que puedan participar y cooperar las autoridades reguladoras nacionales".

⁸⁰⁷ Ver artículo 1, apartado 2, del Reglamento de creación de la Agencia.

de la Agencia, su marco organizativo, el tipo de tareas que le corresponden, los actos jurídicos para los que queda facultada y las funciones jurisdiccionales que le están reservadas.

En cuanto a la independencia y en el ámbito de la Gobernanza institucional,⁸⁰⁸ el Considerando 6 señala que “es necesario garantizar la independencia de la Agencia”, y apunta que tal independencia debe mantenerse frente a tres tipos de actores: los productores de gas y electricidad; los gestores de las redes de transporte y distribución (ya sean públicos o privados, se añade innecesariamente, a nuestro juicio); y los consumidores. “La independencia de la Agencia respecto de los productores de gas y electricidad y los gestores de redes de transporte y distribución no sólo es un principio clave de la buena gobernanza- afirma textualmente el preámbulo de la norma- sino también una condición fundamental para lograr la confianza del mercado”. A continuación la norma deslinda las diversas relaciones entre la Agencia, las autoridades nacionales y, la propia Comisión Europea, de acuerdo a las competencias y funciones propias de cada uno, pero desde la “total independencia” que la norma predica. Así, se sostiene que “sin perjuicio de que sus miembros actúen en nombre de sus respectivas autoridades nacionales, el consejo de reguladores debe actuar con total independencia de cualquier interés comercial, evitar conflictos de intereses y no pedir ni seguir instrucción alguna de ningún Estado miembro, de la Comisión ni de ninguna entidad pública o privada, ni aceptar ninguna recomendación por su parte”. Y, siendo esa previsión inequívocamente clara, no cabe obviar, al mismo tiempo, los vínculos orgánicos y funcionales que esta figura jurídica tiene con el marco institucional comunitario, del que nace la misma. En tal sentido, desde el punto de vista económico-financiero y presupuestario su dependencia de la Comisión es evidente “La Agencia debe financiarse, principalmente, con cargo al presupuesto general de la Unión Europea, mediante tasas y contribuciones voluntarias”⁸⁰⁹ “La Agencia debe someter su presupuesto a una evaluación continua por parte de la autoridad presupuestaria”⁸¹⁰. También, en materia de

⁸⁰⁸ Gobernanza energética que ofrece otra figura novedosa, pero aún inédita, en su desarrollo normativo como es el “Defensor del pueblo para la energía”, creado por la Directiva 2009/72/CE, a fin de “tramitar eficazmente las reclamaciones y la solución extrajudicial de conflictos”.

⁸⁰⁹ Considerando 20, del Reglamento de creación de la Agencia.

⁸¹⁰ Considerando 21 del Reglamento de creación de la Agencia

personal, “La Agencia debe contar con personal de gran profesionalidad. ... debe aplicarse al personal de la Agencia el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas”⁸¹¹

Se concluye, pues, que se debe crear una entidad separada, independiente y externa a la Comisión,- aunque con vínculos interorgánicos de dependencia con ella-⁸¹² con naturaleza de Agencia Reguladora la cual complementaría a nivel europeo las tareas reguladoras que llevan a cabo a nivel nacional las autoridades reguladoras, y cuyas principales funciones serían:

1– Crear un marco para la cooperación de los reguladores nacionales en donde se le dé el tratamiento adecuado a los problemas transfronterizos, generando procedimientos para la cooperación entre los reguladores nacionales, intercambiando información y distribuyendo competencias – en una suerte de aplicación del principio de subsidiariedad en segundo grado- en los casos que afecten a más de un Estado miembro.

2– Supervisión de la reglamentación sobre cooperación entre los gestores de redes de transporte. Preparación de los códigos técnicos y comerciales, a través de un diálogo continuo y constructivo entre la Agencia, los gestores de redes de transporte y la Comisión.

3- Poderes de decisión en casos concretos. El Reglamento, reconoce una serie de actos jurídicos que puede adoptar la Agencia.- *Estos se condensan en cuatro tipos de actos: decisiones, dictámenes, directrices-marco y recomendaciones, en función tanto de la naturaleza de cada acto, como de sus destinatarios (Parlamento Europeo, Consejo o Comisión; autoridades reguladoras, gestores de las redes de transporte..)*⁸¹³

⁸¹¹ Se lee en el Considerando 22, añadiéndose también “y el régimen aplicable a los otros agentes de las Comunidades europeas (ROA) establecidos por el reglamento (CEE, Euratom, CECAn 259/68, y la normativa adoptada de común acuerdo por las instituciones de las Comunidades Europeas a efectos de la aplicación de estas normas.

⁸¹² Ver artículos 2, 9, 10, 11, 27, 28, 30, y 34, entre otros, además , de lo ya comentado, respecto de otros puntos, como la autonomía, financiera, presupuestaria y del personal.

⁸¹³ Ver especialmente el art 4 del Reglamento de creación de la Agencia

Asimismo, con el propósito de abordar algunos problemas concretos de carácter transfronterizo, se propone conferir a la Agencia poderes de decisión sobre casos concretos en las solicitudes de exención respecto a activos de interés europeo y decidir el régimen regulador de las infraestructuras dentro del territorio de más de un Estado miembro.”

4.- Función consultiva general. La Agencia tendría una función consultiva general respecto a la Comisión en lo que se refiere a cuestiones de regulación del mercado y podría aprobar directrices no vinculantes para divulgar buenas prácticas entre los reguladores nacionales⁸¹⁴

4.4. La función de la Comisión en presencia de la Agencia.

En principio existen salvaguardias diferentes para asegurar la posición y la función de la Comisión como guardiana del Tratado. En primer lugar, si la Agencia adopta una decisión, *“dicha decisión sólo será vinculante para situaciones técnicas específicas y deberá ser estudiada bajo las previsiones contenidas en el Reglamento y en las Directivas, o definidas para cada caso individual mediante Directrices vinculantes, nunca en uso de facultades discrecionales”*.

En segundo lugar, *“cuando sea necesario adoptar decisiones sustantivas, sólo la Comisión podrá hacerlo. En dichos casos, la Agencia tiene únicamente una función preliminar y consultiva”*.

4.5. Cooperación eficiente entre los gestores de redes de transporte.

Para lograr la integración del mercado, es necesario que exista también una cooperación eficaz de los gestores de redes de transporte (GRT), así como un marco regulador claro y estable, que ha de incluir la coordinación de la regulación.

Acceso de terceros a red y exenciones.- El acceso de los terceros a las infraestructuras de transporte es un factor fundamental para la consolidación del mercado

⁸¹⁴ Arts 6, 7, 8 y 11, entre otros, del Reglamento de creación de la Agencia.

interior de la energía, lo que tiende a generar en últimas seguridad en el abastecimiento y múltiples actores en competencia -lo que se espera- afecte de manera positiva los precios de la electricidad. Aún cuando el acceso es un objetivo básico dentro del mercado, establecer un marco normativo que le permita a terceros el acceso a la infraestructura de transporte, existen situaciones en las cuales la legislación actual exime a los gestores de la infraestructura de transporte de proveer acceso a terceros cuando se trata de infraestructuras nuevas. La exención es aplicable por un periodo de tiempo determinado y busca incentivar la inversión en determinados tipos de infraestructuras. La Comisión en esta propuesta pretende formular directrices para orientar tanto a quienes solicitan la exención como al regulador a aplicar las condiciones para que ésta sea efectiva y se cumplan los objetivos perseguidos.

Transparencia.- La falta de transparencia que actualmente se evidencia en el mercado interior de la electricidad hace más difícil la asignación eficiente de recursos, crea problemas para el manejo de los riesgos, y genera una barrera de entrada para los nuevos operadores. Así las cosas es necesario crear un clima de confianza lo cual se logra poniendo a disposición de los agentes del mercado información indispensable para su toma de decisiones. El regulador debe estar fortalecido para tener la facultad de solicitar determinada información a los operadores del mercado y poder así, difundirla entre el resto de agentes. La Comisión estudia que tipo de información podría llegarse a solicitar y los mecanismos más eficientes para su recepción.

Hasta el momento ha existido una especie de cooperación voluntaria. Sin embargo, esta cooperación ha mostrado sus limitaciones, (incidentes en las redes, apagones de electricidad debido a la mala coordinación del funcionamiento de la red, falta de conexiones en las redes de electricidad y gas, o dificultades a la hora de proponer o acordar normas técnicas comunes.) Por tanto, se propone encargar a los gestores de las redes de transporte que refuercen su cooperación centrándose en las siguientes cuestiones principales:

- **Elaboración de «códigos» técnicos y comerciales.** (Armonización de normas de carácter vinculante, y compatibilización de “códigos” existentes a nivel de cada Estado miembro, en los términos antes expresados.
- **Actividades de investigación e innovación de interés común.** La cooperación entre los gestores de redes de transporte debería constituir un marco, para financiar y

gestionar las actividades de investigación necesarias para el desarrollo técnico
Coordinación de la explotación de la red.

- ***Planificación de inversiones.*** A fin de poder disponer de capacidad de transporte suficiente para hacer frente a la demanda e integrar los mercados nacionales, los gestores de redes necesitarían coordinar la planificación a largo plazo del desarrollo del sistema, con vistas a planificar las inversiones en la red y controlar la evolución de su capacidad de transporte. *“Se trata de que las Redes Europeas de Gestores de Redes de Transporte publiquen los planes de desarrollo de la red, incluyendo la modelización de la red integrada, la preparación de modelos hipotéticos y la evaluación de la robustez y entregabilidad del sistema integrado”. (..) “Con el fin de generar la cooperación requerida para estos fines, la Comisión formalizará la designación de las Redes Europeas de Gestores de Redes de Transporte (de gas y electricidad) encargadas de dichas tareas.”*

En cuanto a su organización, la Agencia contará con un Consejo de Administración, un Consejo de Reguladores y un Director. El Consejo de Administración se configura como un órgano puramente político, integrado por nueve miembros designados por el Parlamento, el Consejo y la Comisión. Su potestad más relevante es el nombramiento y cese –en su caso, si concurren determinadas circunstancias- del Director. El Consejo de Reguladores está formado por representantes de las autoridades regulatorias de los Organismos nacionales, y un miembro de la Comisión. El Director es la figura central del Organismo, es el representante legal de la Entidad, responsable de su gestión y de ejecutar el programa de trabajo anual de la Agencia “bajo el asesoramiento del Consejo de Reguladores y el control administrativo del Consejo de Administración”, y responsable también del informe anual. Asimismo, el Director aprueba y publica las disposiciones que dicta la Agencia, dictámenes, recomendaciones y decisiones.

El Director es nombrado por cinco años, pero, y este es un aspecto muy negativo de la regulación de esta Entidad, su actuación está sujeta a evaluación por un experto designado por la Comisión Europea que determinará, además, si está capacitado –y merece- continuar en el cargo por otros tres años.

El Consejo de Reguladores de un órgano meramente consultivo y de enlace con el Consejo (órgano político), las autoridades Nacionales y el Director (órgano ejecutivo).

Las facultades jurídicas reservadas a la Agencia son de gran importancia y constituyen un elemento de especial original en el ya original ordenamiento jurídico comunitario. Por

ello, para cumplir con las referidas funciones anteriores la Agencia podrá emitir dictámenes y recomendaciones dirigidas a las autoridades reguladoras; al Parlamento, Consejo o Comisión, o a los gestores de las redes de transporte.

Además de las funciones generales de supervisión de los mercados, orientación general de los trabajos de las autoridades nacionales y relación con la Comisión Europea, la Agencia extiende su misión –tareas, en la terminología del Reglamento- a las condiciones de acceso y seguridad operativa de las infraestructuras energéticas. Así, la Agencia decidirá sobre las cuestiones regulatorias que se inscriban en el ámbito de competencias de las autoridades reguladoras nacionales, que podrán incluir las condiciones de acceso y seguridad operativa, únicamente: a) cuando las autoridades reguladoras nacionales competentes no hayan conseguido llegar a un acuerdo sobre el régimen regulador adecuado dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que el caso se haya sometido a la última de dichas autoridades reguladoras; o b) previa petición conjunta de las autoridades reguladoras nacionales competentes. Las autoridades reguladoras nacionales competentes podrán solicitar conjuntamente que el plazo a que se refiere la letra a) se prorrogue seis meses como máximo. Al elaborar su decisión, la Agencia consultará a las autoridades reguladoras nacionales y a los gestores de red de transporte interesados y será informada de las propuestas y observaciones de todos los gestores de red de transporte interesados.

Las condiciones de acceso de la infraestructura transfronteriza incluirán los siguientes elementos:

- a) procedimiento de asignación de capacidad,
- b) plazos de asignación,
- c) reparto de los costes de congestión, y
- d) cobro de cánones a los usuarios de la infraestructura.

Asimismo, la Comisión podrá aprobar directrices sobre las situaciones en que la Agencia tenga competencia para decidir las condiciones de acceso a las infraestructuras transfronterizas y las condiciones aplicables a su seguridad operativa.

Por último pero aspecto muy importante y, singular, de esta norma, el Reglamento instituye una Sala de Recurso, que admite el correspondiente recurso administrativo de apelación ante el Tribunal General o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, contra las decisiones adoptadas por aquella. Este hecho plantea no pocas incógnitas materiales y procesales sobre su efectiva articulación, en su relación con potestades análogas en sede nacional. La Sala, que no viene definida en su composición, por magistrados sino por “

personal directivo actual o anterior de las autoridades reguladoras nacionales”, actúa procesalmente como una instancia de reposición “las resoluciones de la Sala de Recurso podrán recurrirse ante el tribunal de primera instancia o el tribunal de justicia”⁸¹⁵, pero su encaje jurisdiccional resulta difícil de precisar, asimilándose a una jurisdicción especializada, pero fuera de las previsiones expresas de los Tratados de la Unión.

En cualquier caso, y a pesar de la insuficiente e incluso deficiente regulación de algunas materias, la irrupción de una Agencia Europea de Cooperación con los Reguladores Nacionales, con facultades no sólo supervisoras, sino normativas y jurisdiccionales reales, inicia un camino de gran importancia y novedad en la esfera de la regulación energética, haciendo acompasar el ensanchamiento del mercado comunitario con la dimensión institucional de las autoridades regulatorias, en esta etapa bajo un sistema dual, es decir Comisión- ACER; ACER-Agencias nacionales, pero en el fondo replicando un modelo de organización federal o cuasifederal, eso sí, en sus primeras etapas de formación y desarrollo.

Como se ha puesto de relieve en las páginas precedentes de este Capítulo, el proceso de institucionalización de la nueva regulación energética, derivada de los paquetes liberalizadores comunitarios, nace del propio contenido de los mismos, al disponer ya en la primera de las Directivas, la 96/92, un nuevo modelo de gobernanza, importando fórmulas similares a las formuladas mucho antes en el marco de la legislación energética norteamericana, incorporando pues el instrumento de las autoridades regulatorias independientes. Tal decisión afirmaba un modelo regulador desde el legislador comunitario, pero lo hacía con pleno respeto y efectividad en la aplicación del principio de subsidiariedad, haciendo que fueran los Estados miembros los que encajaran dichas figuras en sus ordenamientos nacionales como parte esencial, de su nuevo modelo de regulación energética tributario de las normas de cabecera europeas.

Unos años más tarde, fueron los reguladores nacionales independientes los que tomaron la iniciativa de articular un Consejo de Reguladores Europeo nacido del deseo de cooperar en principios, técnicas, instrumentos y modalidades de actuación, con estándares semejantes y dentro de un marco comunitario de armonización que a todos abarcaba. El Consejo Europeo de Reguladores de Energía fue un gran acierto tanto en su creación, como en el planteamiento de colaboración con las autoridades nacionales y las comunitarias, en

⁸¹⁵ El artículo 20 del Reglamento se remite al art 230 del TCE, actual 263 del TFUE, donde sería aplicable al señalar...El Tribunal de Justicia...controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros”... Y más adelante, “los actos por los que se crean los órganos u organismos de la Unión podrán prever condiciones y procedimientos específicos para los recursos presentados por personas físicas o jurídicas”.... Ahora bien, resta por materializar, el adecuado encaje de esta figura en el Tratado o, sus Anexos.

particular la Comisión Europea, y en breve plazo, a instancia de sus trabajos, se crearon dos Foros de gran valor en la concepción y el desarrollo de trabajos regulatorios, como han sido los Foros de Florencia, sobre regulación eléctrica, y el Foro de Gas de Madrid.

La Comisión Europea completó poco después estas iniciativas, creando un Comité Asesor o Grupo Consultivo de reguladores en su seno, para hacer el seguimiento más directo de estas cuestiones, pero el verdadero salto cualitativo tuvo lugar con la adopción del Reglamento de creación de la Agencia de Cooperación de Reguladores Energéticos (ACER), cuyas líneas principales de organización y funcionamiento hemos descrito en páginas precedentes.

En cualquier caso, entendemos que dicha Agencia no debería detenerse en ningún caso en sus actuales objetivos, competencias y funciones, sino avanzar en los mismos hacia una auténtica Agencia Europea de Reguladores Energéticos (AERE), en la que se integren, tanto desde el punto de vista orgánico como funcional, los Reguladores nacionales y donde se asegure la adecuada, no sólo coordinación de los trabajos comunes, sino las líneas de actuación y el marco de ejecución de la regulación energética que corresponde a las autoridades independientes de regulación, en una organización transnacional, altamente descentralizada pero fundada en la idea de integración en un espacio normativo común. Entendemos por ello que una nueva Conferencia Intergubernamental para la reforma del Tratado de Lisboa deberá incorporar un Título propio sobre energía, titulado “La Unión Energética Europea”, que disponga actos normativos de carácter análogo a los que fueron reconocidos en el ámbito de la política exterior y de seguridad común, “acciones comunes”, “estrategias comunes”, “posiciones comunes”, u otras, que pudieran derivarse de esta materia como “decisiones de solidaridad”, en cuanto a la negociación con otros países o áreas regionales para el diálogo con proveedores de aprovisionamientos energéticos u otros actores relevantes del sector energético.

Así pues, debe promoverse la creación de una Agencia Europea de Regulación como alta Autoridad comunitaria, de carácter independiente, en la regulación energética europea, en sus mecanismos de supervisión del mercado y efectiva competencia de las normas, en la coordinación de las autoridades nacionales, y en el asesoramiento sobre esta materia a las instituciones europeas.

Junto al anterior, un diseño de esta naturaleza deberá incorporar buena parte de las previsiones y técnicas de regulación establecidas en el actual Reglamento, con las actualizaciones necesarias.

CAPÍTULO SÉPTIMO

CONCLUSIONES GENERALES

PRIMERA. El sector eléctrico tiene una especial significación en la actividad económica de las sociedades modernas, tanto desde el punto de vista directo, es decir, por su grado de participación en el conjunto de la actividad energética y económica de la nación, como indirecto en función de su nivel de relación y penetración en gran número de procesos tecnológicos, económicos, industriales y medioambientales. Por todo ello, resulta difícil concebir un Estado moderno ni una sociedad económica avanzada sin un correlativo estadio de desarrollo de su sector eléctrico, ni una adecuada regulación de su funcionamiento.

SEGUNDA. Por constituir uno de los centros motores de la actividad económica, el sector eléctrico se sitúa también en el marco de reflexión, preocupaciones y medidas que deben adoptarse desde el Estado en orden a la configuración normativa de su sistema económico y social y en la definición de sus relaciones jurídicas.

Un Estado moderno que cede gran parte de su anterior protagonismo en la gestión económica a favor de la libre iniciativa y las normas que rigen el funcionamiento de los mercados. Pero un Estado que debe también establecer ordenadamente, que debe regular, desde una doble posición de estímulo y vigilancia o supervisión, los sectores y servicios esenciales de la comunidad.

TERCERA. La reforma económica del Estado que, en atención a la mejora de los procesos productivos y la eficiencia de los sistemas, ha ido manifestándose desde las dos últimas décadas, se ha plasmado, de manera progresiva y profunda, en la esfera de actuación del sector eléctrico.

Se trata, pues, de definir el paso de un Estado Gestor, intervencionista y titular de determinadas actividades económicas en cuyo favor se establecía la reserva de la gestión de las mismas, a otro Regulador, en el que la sociedad a través de la participación empresarial y las exigencias del mercado aumenta su presencia y dinamismo en el sector bajo las condiciones de un nuevo marco jurídico que combina normas de policía administrativa,

obligaciones de servicio público y regulación de defensa de la competencia. Así pues, la retirada del Estado propietario y gestor empresarial ha ido acompañada, simultáneamente, de la incorporación del Estado regulador y el desenvolvimiento y fomento de la concurrencia empresarial, como factores disciplinadores del mercado.

CUARTA. El Estado regulador responde a la reforma de las bases económicas del Estado del bienestar que tuvo su momento de mayor esplendor y desarrollo en la segunda mitad del siglo XX cuando el sector público empresarial asume el encargo de gestionar los principales sectores económicos de la sociedad, entre ellos el eléctrico, adoptándose normas de nacionalización del suministro o de intensa intervención pública en su regulación y gestión. La reforma económica del Estado que conduce a un Estado regulador se apoya en los procesos de liberalización, reordenación de los mercados de bienes y servicios y privatización, si bien en este caso, a veces de forma parcial o limitada. Y, siempre, bajo el mantenimiento de obligaciones de servicio esencial.

Un Estado regulador, en el marco de una economía social de mercado constitucionalmente amparada, se manifiesta en el sector eléctrico a través de nuevos principios y técnicas jurídicas, cuya cabecera normativa de referencia se proyecta desde el Derecho europeo, que deben satisfacer la doble necesidad de garantizar el funcionamiento regular, continuo y en condiciones de calidad de un servicio esencial para los ciudadanos, y hacerlo de forma compatible con los dictados de la competencia empresarial y la protección del medio ambiente.

QUINTA. Los nuevos principios que deben regular el sector deben considerar también, en primer término, el carácter estratégico que para el desarrollo de la actividad económica tiene el sector eléctrico, y por ello la regulación de la transición de un régimen monopolístico a otro liberalizado. El paso de un sistema integrado, centralizado en su proceso de regulación y toma de decisiones, unificado en su explotación, y predeterminado en el marco de actuación de los agentes económicos, a otro abierto a la competencia y al mercado, reordenado en cuanto a sus normas de funcionamiento en razón de las características de cada fase o sector del suministro eléctrico, reclama una fase limitada en el tiempo, de transición de un determinado bloque normativo a otro liberalizado, que divida

convencionalmente el suministro eléctrico entre actividades reguladas y no reguladas en función de la intensidad del control que ejercen en cada caso los poderes públicos.

SEXTA. El acervo comunitario aplicable al sector eléctrico se integra en nuestro ordenamiento formando parte de su constitución económica, junto a los principios constitucionales internos de libertad de empresa, economía de mercado e iniciativa pública en la actividad económica. Habrá primacía del ordenamiento comunitario en las transferencias de orden energético llevadas a cabo y supremacía constitucional en el orden interno, en las restantes, pero tanto el Derecho originario como el derivado, se integran como normas de cabecera nacionales y parámetro central de su interpretación, desde la perspectiva de realización del mercado interior.

Además, las libertades económicas: libertad de comercio, de empresa y de industria, constituyen el armazón básico de la Constitución económica en una sociedad democrática avanzada como la española. Principios que deben proyectarse con eficacia en la regulación del sector eléctrico.

SÉPTIMA. Si bien dos de los tres Tratados originarios de la Comunidad Económica Europea tienen por objeto regular las relaciones económicas, comerciales y operativas, de fuentes de energía primaria tan importantes para la economía comunitaria desde mediados del pasado siglo, como el carbón, el acero y la energía nuclear, el Derecho originario comunitario no reservaba ninguna relación específica directa al sector eléctrico. Desde la perspectiva del Derecho originario, los Tratados fundacionales sólo se proyectan sobre el sector eléctrico de forma indirecta: al regular (Tratados CECA y EURATOM) aspectos centrales de la actividad comercial de dichas energías primarias que participan como tales en la generación de energía eléctrica.

En tal sentido, este trabajo indaga en el proceso de formación histórica de la Unión Europea como una auténtica Comunidad de la Energía, destacando sus rasgos esenciales.

OCTAVA. En la esfera del Derecho originario, tanto el Tratado de Ámsterdam como el de Niza suponen una extensión y profundización en la regulación del concepto de servicio económico de interés general que, además de localizarse en el capítulo correspondiente a las

disposiciones sobre competencia, se sitúa como valor común, principio y objetivo de la Comunidad. Además de ello, el principio de desarrollo sostenible en su conexión con el desarrollo energético recibe también un tratamiento singular en dichos Tratados, y se refuerza particularmente con la inserción de las medidas sobre cambio climático en el Tratado de Lisboa ya en la Unión Europea, incidiendo en la regulación energética de forma directa.

El Tratado de Lisboa reconoce, de nuevo, el instrumento o procedimiento de cooperación reforzada, y abre con ello posibilidades de mayor integración en el sector energético, sin perjuicio del respeto al acervo comunitario y los fines del mercado interior.

NOVENA. El mercado interior eléctrico es un elemento clave en la construcción económica europea y en la mejora de sus índices de competitividad y productividad, pero, además, desde el punto de vista jurídico regulatorio su articulación es un supuesto indispensable para la reforma de los ordenamientos jurídicos internos en los países de la Unión. Sin la edificación, apoyada en los principios de transparencia, no discriminación, obligaciones de servicio público y competencia del mercado interior, la Europa energética sería una realidad jurídica difusa, desarticulada e incompatible en sus parámetros de interpretación.

El Derecho europeo permite ordenar esa realidad como un todo, sin perjuicio de los del respeto a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pero otorgando un equilibrio jurídico interno que permita líneas de concepción de un nuevo Derecho eléctrico europeo, de interpretación equilibrada y armonizadora, de acuerdo con unos fundamentos, principios y técnicas generalmente aceptadas y adaptadas por los Estados.

DÉCIMA. Las técnicas jurídicas que identificamos como sustantivas en este nuevo modelo de regulación son, a nuestro juicio, cuatro, dos asociadas al objetivo y principio de defensa de la competencia y mejora de las condiciones de desarrollo de la libertad empresarial, y otras dos vinculadas a la adecuada preservación de las obligaciones de servicio público propias de un servicio esencial o un servicio económico de interés general. En el primer bloque, orientado a la salvaguarda o mejor protección de los intereses de los consumidores, la pluralidad de la oferta y la eficiencia productiva, situamos la técnica de

acceso a las redes y la de separación de las actividades eléctricas, entre reguladas y no reguladas. En las segundas encontramos la protección de garantía del suministro y la defensa del medio ambiente.

UNDÉCIMA. El Derecho comunitario a través de los principios de primacía y efecto directo, así como mediante la utilización decisiva de disposiciones de Derecho derivado o secundario, constituye un instrumento configurador básico de los ordenamientos internos de los Estados de la Unión. Sólo un mercado interior plenamente abierto es compatible con la libre circulación de productos, la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento que el Tratado asegura a todos los ciudadanos. En ese contexto debe inscribirse también la adopción de un Tratado mediante el que se crea un Mercado Ibérico de la energía que debe interpretarse como un elemento que permite avanzar en la integración del citado mercado único energético, a través del fortalecimiento y mayor cohesión regulatoria y técnica de uno de sus espacios regionales, como es la península ibérica, constituyendo uno de los antecedentes principales de la construcción de mercados eléctricos regionales dentro del mercado interior único.

DUODÉCIMA. El ordenamiento jurídico español apoya el carácter de su regulación en el contexto del espíritu que guía todo el proceso de liberalización comunitaria de los servicios públicos económicos; separación entre reguladores y operadores y entre negocios en un mismo sector que impidan transferencia de rentas intersocietarias o intragrupos que pudieran falsear la realidad económica, contable o financiera y con ello la libre competencia; remoción de obstáculos para la entrada en el mercado y la actividad industrial por el lado de la demanda, hasta la total apertura del mercado. Se establece, pues, una profunda reestructuración sectorial que traza una línea divisoria fundamental en la regulación y entendimiento de la actividad eléctrica: negocios regulados; negocios libres. Su inserción en el sistema jurídico comunitario genera su inserción simultánea en los “grupos normativos de cabecera” que su sistema de fuentes va creando en el ámbito energético.

DECIMOTERCERA. No es posible interpretar la construcción energética comunitaria sin atender las claves que explican la correlación entre política energética comunitaria y mercado interior. A tal efecto, en este trabajo se estudian con detalle los principales elementos en que se ha apoyado la política energética europea desde mediados de los años

cincuenta del pasado siglo, hasta su reconocimiento formal en el Tratado de Lisboa de 2007, explicando asimismo el alcance de este trascendental precepto, su acomodo en la estructura del Tratado y su relación con otras políticas comunitarias. Apuntando la necesidad de modificar nuevamente el Tratado para dar acogida a la “Unión Energética Europea” que establezca no sólo la convergencia entre mercado interior y política energética, sino entre los mecanismos de cooperación necesaria y obligatoria entre estructura de aprovisionamientos nacionales, y política energética comunitaria común y solidaria.

DECIMOCUARTA. Si bien el paradigma económico del monopolio natural –industrias intensivas en capital pero eficientes técnicamente, de elevados costes fijos y bajos costes marginales– sustenta el marco jurídico de los negocios o actividades reguladas: las redes y su operación, a través del gestor del transporte y el operador del sistema, es también cierto que dichas redes al actuar como infraestructuras esenciales o necesarias para que por ellas circulen o se transporte la mercancía eléctrica sujeto de las correspondientes transacciones económicas y/o contractuales, abre al mercado a través de las relaciones jurídicas correspondientes.

Los propietarios o titulares de las redes, abren éstas, en cumplimiento de una función social esencial para la comunidad, como es el mejor funcionamiento de un servicio económico de interés general, para que a través de dicha apertura se cree y regule la competencia en el sector, a través de acuerdos contractuales, sancionados por el poder regulador. En tal sentido, el trabajo profundiza en los primeros modelos seguidos en el Derecho comparado europeo en el cumplimiento de tal exigencia comunitaria en la construcción del nuevo modelo de regulación eléctrica.

DECIMOQUINTA. Una regulación pro competencia se afirma en el sector eléctrico por el contraste con la realidad de los mismos paradigmas que fundamentan los criterios de asignación de recursos en un sistema de mercado regulado o de interés general.

Junto a la construcción doctrinal de los servicios económicos de interés general, como el sector eléctrico e igualmente dentro del marco del Derecho de la competencia aplicado al sector, deben apreciarse las situaciones de poder relevante de mercados o de abusos de posición dominante impulsando en cada caso, y de acuerdo con las previsiones legales

existentes, las correspondientes actuaciones jurídicas instructoras y decisorias de conformidad con los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico sectorial y las leyes de defensa de la competencia.

DECIMOSEXTA. El suministro eléctrico constituye, en nuestra opinión, un servicio esencial que se corresponde en su naturaleza, fines, requisitos y alcance con el concepto comunitario de servicios económicos de interés general como una modalidad nueva, de raíz europea, de los servicios públicos impropios. A tales efectos, en este trabajo, como antes señalábamos, se estudian antecedentes doctrinales y jurisprudenciales de los servicios económicos de interés general y su aplicación en el ámbito jurídico-eléctrico.

DECIMOSÉPTIMA. El principio de confianza legítima no se agota en la fase de transición o cambio normativo fundamental de un modelo económico planificado e intensamente intervenido a otro liberalizado, sino que permanece y se expresa en el ejercicio efectivo de las obligaciones de servicio público que el suministro eléctrico incorpora: continuidad en la prestación, condiciones de acceso, igualdad ante el servicio y metodología tarifaria.

DECIMOCTAVA. El modelo de intervención administrativa eléctrica se mantiene en nuestro ordenamiento, a través de sucesivas fases de regulación situadas fundamentalmente en los años 1924 y 1954: declaraciones del suministro como servicio público; 1969: establecimiento de la tarifa binómica; 1984: nacionalización de la red de alta tensión; y 1987: adopción del denominado marco legal y estable como sistema jurídico retributivo del sector a través de la determinación de los costes de cada unidad de generación en el conjunto del sistema integrado. La Ley de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional (LOSEN) constituye el primer esfuerzo de sistematización y armonización jurídica en el sector, cuyo mérito debe, en tal sentido, ser subrayado. Igualmente dicha norma avanzó, si bien de forma incompleta, un marco de transposición de las Propuestas de Directivas comunitarias sobre el sector, antes de la adopción de la Ley 97 y sus posteriores piezas normativas de reforma, que se analiza con detalle en nuestro estudio en sus vertientes de principios jurídicos, técnicas de regulación y criterios de sostenibilidad técnica, económica y ambiental.

DECIMONOVENA. No basta para regular adecuadamente el sector una ley subsectorial, sino una Ley General de la Energía, en la que la legislación eléctrica fuera una de sus piezas esenciales. Las razones de claridad normativa, simplificación, coherencia de objetivos, seguridad jurídica, que avalarían el cambio, se refieren en este trabajo, y también los antecedentes del Derecho comparado y las bases jurídico-comunitarias en que podría encontrar apoyo. Para acometer una reforma de tal alcance, el instrumento de Protocolo pre normativo sigue siendo, en nuestra opinión, útil y adecuado. En nuestro estudio afirmamos los principios que deben presidir la ley general de conformidad con los principios y técnicas de regulación europeas, y las exigencias del principio de subsidiariedad y su manifestación concreta en el ordenamiento jurídico eléctrico español.

VIGÉSIMA. El Estado no es un Ente que actúa al margen de la realidad del mercado, sino que, por el contrario, dota a éste del necesario soporte institucional a través de la creación de los organismos y técnicas que permiten atender de manera adecuada la regulación y el funcionamiento de los mercados. La reforma eléctrica obliga no sólo a una reforma normativa o empresarial, sino a una reforma institucional profunda. En este hecho radica, como expresión del desenvolvimiento de la función reguladora del Estado de la creación de organismos especializados e independientes, como es en el caso de España, primero la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, posteriormente la Comisión Nacional de Energía, con potestades y funciones reguladoras en el sector energético, y en la actualidad la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Se considera, en todo caso, imprescindible la diferenciación organizativa entre autoridades de Regulación “ex-ante” y “ex-post” y, por tanto, en la división orgánica y funcional entre Comisiones de Mercados y Autoridad de Competencia, sin perjuicio de la necesidad de asegurar la coordinación entre ambas.

Así pues, la nueva regulación exige una recomposición institucional de las instancias públicas de control, apareciendo así las autoridades independientes, caracterizadas por dotar de estabilidad, independencia y competencia técnica a las decisiones que adopten los poderes públicos en el sector.

VIGESIMOPRIMERA. Las autoridades reguladoras independientes se corresponden, en su vertiente organizativa o institucional, con el proceso liberalizador comunitario y

reclaman también un nuevo marco normativo y funcional de coordinación intracomunitaria entre Agencias nacionales y Comisión Europea sobre aspectos sustantivos de la regulación en Europa, en coherencia con el principio antes subrayado de realización del mercado interior.

Su función debe asegurarse bajo las condiciones de independencia, neutralidad y competencia correspondientes. Teniendo en cuenta que esta figura es, también, tributaria del orden jurídico comunitario y que las instituciones independientes sectoriales deben insertar parcialmente en la actualidad sus competencias y funciones con las reconocidas a la Agencia de Coordinación de las autoridades Energéticas Nacionales (ACER). ACER constituye una Agencia con especial potencial normativo de carácter federalizante, y debería evolucionar hacia la creación de una Agencia (Autoridad Energética europea independiente), con potestades de supervisión general de la regulación energética europea, asesora de las instituciones comunitarias, coordinadora de las autoridades nacionales en el marco de la necesaria descentralización y desconcentración, y con facultades de supervisión competitiva en el sector.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA SANTAMARÍA, Jaime. “La ordenación jurídica de la actividad económica”. Ed. Dykinson. 2003.

ALGUACIL GONZÁLEZ–AURIOLLES, Jorge. “La Directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 2004.

ALLÉGRE, Claude. En su libro de diálogos con Denis JEAMBAR titulado “Le déf. du monde ”. Ed. Fayerd. París. 2006.

ALONSO GARCIA, Ricardo. “Derecho comunitario”. Ed. Ceura. Madrid. 1994.

ALONSO GARCÍA, Ricardo. Clásicos de la Unión Europea. En el 50 Aniversario de los Tratados de Roma. Ed. Thomson- Civitas. Madrid. 2007.

ALONSO UREBA, A. “La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho económico”. Ed. Montecorvo. Madrid. 1985.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente; DUARTE MARTÍNEZ, Rafael. “Administración Pública y Electricidad”. Cuadernos Civitas. 1997.

ÁLVAREZ GENDÍN, S. “El servicio público”. Madrid. 1944.

ÁLVAREZ PELEGRY, Eloy. “Economía Industrial del Sector Eléctrico. Estructura y Regulación”. Biblioteca Civitas Economía y Empresa. 1997.

ÁLVARREZ-VALDÉS, Manuel. “Etapas históricas en el desarrollo del ordenamiento jurídico del Sector Eléctrico”. Abril 2002.

ANDRÉ, Christine. “The Welfare State and institutional compromises (From origins to contemporary crisis)”. En la obra colectiva “Regulatory Theory”, editada por Robert Boyer y Yves Saillard. New York. 2002.

ANES ÁLVAREZ DE CASTRILLÓN, Gonzalo; FERNÁNDEZ PLASENCIA, Santiago; TEMBOURY VILLAREJO, Juan. “Endesa en su Historia (1944–2000)”. Fundación Endesa. 2001.

AREILZA CARVAJAL, “El principio de subsidiaridad en la construcción de la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 45. 1995.

ARGANDOÑA, Antonio. “Capitalismo y Economía de Mercado”. *Centesimus Annus*, págs. 467–468, en el libro colectivo “Estudios sobre la Centesimus Annus”, coordinado por Fernando Fernández. Unión Editorial. Madrid. 1992.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público”. Ed. Marcial Pons. Madrid. 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “El mercado único de la energía. Los sectores del gas y la electricidad”. *Noticias CEE* nº 100. 1993.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Las tarifas de los Servicios Públicos”. En el Dictamen sobre el régimen de la energía eléctrica, a instancias de UNESA. Universidad de Sevilla. 1976.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Las tarifas de los servicios públicos”. Sevilla. 1976.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Nuevo Servicio Público”. Ed. Marcial Pons.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Sobre la asunción de actividades y bienes por el Estado”, prólogo al libro de J.M. De la Cuétara Martínez, *La actividad de la Administración*.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; DE QUINTO, Javier; LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. “Costes de Transición a la Competencia”. Fundación de Estudios de Regulación. Madrid. 1999.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar; LÓPEZ DE CASTRO, Lucía. “El sistema eléctrico español. Regulación y Competencia”. Ediciones Montecorvo, S.A. Madrid. 1998.

ARROWSMITH, Sue. Obra colectiva “La Contratación pública en los denominados sectores excluidos”. Ed. Civitas Thomson. Madrid. 1997.

AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, Juan Manuel. “Derecho Nuclear”. Ed. Comares. Granada. 1999.

BADELL MADRID, Rafael; QUIROZ RENDÓN, David; HERNÁNDEZ, José. “El régimen jurídico del servicio eléctrico en Venezuela”. Caracas. 2002.

BAMBERGER C.; WAELE, T. “The European Energy Charter Treaty”. Energy Law in Europe. Oxford. 2008.

BAQUERO CRUZ, Julio. “Entre Competencia y Libre Circulación. El Derecho Constitucional Económico en la Comunidad Europea”. Ed. Civitas-Thomson. Madrid. 2002.

BARNES, J. “El principio de subsidiaridad y las regiones europeas. Las Comunidades Autónomas”, en el libro colectivo La Comunidad Europea, la instancia europea y la organización administrativa de los Estados miembros, Ed. Civitas, Madrid. 1993.

BASABE, Felipe. “Problemas jurídicos en torno a la aplicación del principio de subsidiariedad en la Unión Europea”.

BASSOLS COMA, M. “Constitución y sistema económico”. Ed. Tecnos. Madrid. 1985; y “La Empresa en la Constitución Española”. Aranzadi. Pamplona. 1989.

BAUMOL, William J.; SIDAK, Gregory J. “Transmission Pricing and Stranded Costs in the Electric Power Industry”. Washington, DC. American Enterprise Institute. 1996.

BAUMOL, William J.; SIDAK, Gregory J.; MICHAELS, Robert J. “Stranded Investment. Pay Up or Mark Down, A Point-Counterpoint”. May 15. Public Utilities Fortnightly. 1995.

BAUMOL, William; JOSKOW, Paul; KAHN, Alfred. “The challenge for federal and state regulators. Transition from regulation to competition”. Electric Power. 1994.

BAUMOL, William; SIDAK, Gregory J. "Transmission Pricing and Stranded Costs in the Electric Power Industry". Washington, DC. American Enterprise Institute. 1996.

BEDEN, Sharon. "Energía y poder". Fondo de Cultura Económica. Méjico. 2003.

BELL, Daniel. "The Coming of Post-Industrial Society". 1973; y estudio introductorio de la edición de 1999 "The axial age of technology. Foreword .1999". Basic Books. Nueva York. 1999.

BENAVIDES SALA, Pablo. Artículo "Las dificultades del mercado único de la energía". Diario Expansión. 25 de abril de 2001.

BERGER, F. "Les sidérurgistes français et allemands face à l'Europe. convergences et divergences de concept 1932–1952". Journal of European Integration History. 1 de enero de 1995.

BERGOUGNOUX, J. "Services publics en réseaux. Perspectives de concurrence et nouvelles régulations". Rapport du Commissariat Général du Plan. Le Docu. Fr. 2000.

BERGOUGNOUX, Jean. "Les enjeux de l'organisation du marché électrique Européen". Europe de l'Energie. Réglementations et Enjeux pour les Entreprises, Paris. 23-24 marzo 1993.

BERKOVSKI, Boris; BAUBY, Pierre; BELTRÁN, Alain; LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. "Énergie et Société". París, Publisud, 1995.

BERMEJO VERA, J. "Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)". Ed. Tecnos. Madrid. 1975.

BERNAL, Antonio Miguel. "Etapas fundacional y proceso integrador de las Compañías matrices del sur peninsular (1894–1968)".

BETANCOR RODRÍGUEZ. "Las Administraciones independientes". Madrid. 1994.

BEVERIDGE, William. "Social Insurance and Allied Services". London. Her Majesty's Stationery Office. 1942.

BITSCH, M-T. "La première institution supranationale. Du nouveau sur l'histoire de la Autorité de la Communauté de l'acier". Journal of European Integration History. 1 de enero de 1995.

BLANC, A. "Rayonnement. principes scientifiques de l'éclairage". Armand Colin. París. 1921.

BLUMANN, Claude ; JOLY, Gilles. "Energy et Communautés européennes". Revue trimestrielle de Droit Européenne n° 4. 1986.

BLUNDELL, J. y ROBINSON, C. "Regulation without the State". IEA. 1999.

BOWERS, B. 1982. "A history of electric light and power". Peter Peregrinus. Science Museum, Steverage.

BREYER, Stephen. "Regulation and its reform". Harvard University Press. 1982.

BREYER, Stephen. "Regulation and deregulation in the United States. Airlines, Telecommunications and Antitrust", en Deregulation or Re-regulation. Regulatory reform in Europe and the United States. Editado por G. Majone. 1990.

BROCHU, S. "La déréglementation et la création d'entreprises multiénergétiques". Revue de l'Energie n° 486. Abril 1990.

BRONDEL, George. "La politique de l'énergie". Revue du Marché Commun n° 307.

BROWN, Ashley C. "Six critical choices in regulatory models for Brazil". Harvard. 2000.

BULLAN, R. "The British government and the Schuman Plan". Schwabe K. (ed). Mayo 1950-Marzo 1951

BURGOS ALONSO, Cristóbal “Camino hacia la independencia energética de la UE”. Cuadernos de la Energía. Madrid. 2015.

CAMERON, Peter D. “Competition and Energy Markets”. 2ª Ed. Oxford University Press. 2007.

CAMERON, Peter (Ed.). “Legal aspects of EU energy regulation”. Oxford University Press. 2005.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. “El futuro de la Unión Europea”. Revista de Occidente. Febrero 2001.

CARRO MARTÍNEZ. “La Unión Europea y el principio de subsidiaridad”, Revista de Administración Pública núm. 126. 1991

Carta de los Derechos Fundamentales.

CASANA, F. “Política Energética comunitaria”. Obra colectiva Estrategias de desarrollo energético en los mercados regionales integrados. Edi. A. Saiz de Bustamante, Ventura Nunes, y Vicente Gil. Montevideo. 1996.

CASSAGNE, Juan C. “Los nuevos entes regulatorios”. Revista Jurídica del Derecho. 19 de septiembre de 1994.

CASSERE, Sabino. “La nuova costituzione economica”. Ed. Latetza. Roma/Bari. 1995.

CASTELLANI, Robert-Noël ; GUEDJ, Claude. Le Figaro. 17 de agosto de 2002.

CASTELLS, Manuel. “Globalización y Antiglobalización”. El País, 24 de julio de 2001.

CECILE, Isidoro. “L’ouverture du marché de l’électricité à la concurrence communautaire”. L.G.D.J. Montchrestien. Paris. 2006.

CEER Position on the European Commission's Policy Framework for climate and Energy 2020-2030. 13 de marzo de 2013.

CHENOT B. "Les Entreprises nationalisées".

CHEVALIER, J.M. "Réflexions sur l'institution des AAI". JCP. 1986.

CHEVALIER, J.M.; SALAUN, F. "Recomposition des industries électriques. internationalisation, nouveaux entrants, diversification". Revue de l'Energie n° 465. 1995.

CHEVALIER, Jean Marie. "Les grandes batailles de l'énergie". Ed. Gallimard, 2004.

CHILLÓN, J. M^a; GARCÍA ESCOBAR. Prólogo al libro La Comisión del Mercado de Telecomunicaciones. Madrid. 2001.

CICERO, Nidia Karina. "Servicios públicos. Control y Protección". Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires. 1996.

COHEN-TANUGI. "Une doctrine pour la régulation". Le Débat. Nov-Dec. 1988.

COLHARD-TIMSIT. "Les autorités administratives indépendantes". París. 1988.

COLOM PIAZUELO, Eloy. "El transporte de energía eléctrica (Régimen jurídico de la nueva regulación de la energía)". Ed. Cívitas. Madrid. 1997.

COLOMA, Germán. "Análisis económico del derecho privado y regulatorio". Ciudad de Argentina. Buenos Aires. 2001.

COLSON DRUST, Jean-Philippe. "Public Economique". 3^{ème} édition. París. 2001.

COMA, Bassols. "La Planificación Económica", en la obra colectiva El Modelo económico en la Constitución Española, Vol. II. Instituto de Estudios Económicos. Madrid. 1981.

COMELLA DORDA, Rosa. “Límites del poder reglamentario en el Derecho administrativo de los Estados Unidos. Evolución de los modelos tradicionales, control judicial y técnicas de negociación”. Ed. Cedecs. Barcelona.

COMMISSION DE RÉGULATION DE L'ÉLECTRICITÉ: Informe sobre “La crise du secteur électrique californien», de 14 febrero 2001.

Comunicación "Realizar el mercado interior de la electricidad y sacar el máximo partido de la intervención pública", C(2013) 7243.

Comunicaciones “Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos”, COM(2011) 571, y “Velar por la buena marcha del mercado interior de la energía”, COM(2012) 663, de acuerdo con el compromiso del G20.

Consequences of Electricity Privatization. House of Commons. Energy Committee, Second Report.

COSTA I CAMPI, M^a Teresa. Artículo publicado en el periódico La Razón. 2 de julio de 2007.

COULOMB, Catherine. “China. Le nouveau centre du monde?”. Editions de l'Aube, 2007.

COWART, Richard. “Restructuring and the Public Good. Creating a National System Benefits Trust”. The Electricity Journal. April 1997.

CRISOLI, Angelo. “La Europa del mercato comune”.

CROSS, Enrique. “Electric utility regulation in the European Union”. John Wiley & Sons. UK. 1996.

CUERVO, Álvaro. “Las privatizaciones en España”. Cuadernos de Información Económica nº 119. 1997.

DÄUBLER, W. “Privatisierung als Rechtsproblem”. Luchterhand. Berlín. 1981.

DE ARCENEGUI, I.E.; COSCULLUELA MONTANER, L.M. “La empresa nacional Iberia y la nacionalización del transporte aéreo”. RAP nº 58, 1969. Publicado posteriormente bajo el título “La empresa nacional Iberia” en la obra colectiva *La Empresa Pública*, dirigida por Evelio Verdera y Tuells, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Zaragoza. 1970.

DE JUAN ASENJO. “La Constitución Económica española”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984.

DE LA CRUZ, Juan. “La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico”. Ed. Marcial Pons. 1999.

DE LA CRUZ, Juan. “Principios de regulación económica en la Unión Europea”. Instituto de Estudios Económicos. 2002.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “El nuevo régimen de las aguas subterráneas en España”. Ed. Tecnos. Madrid. 1989.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M. “La actividad de la Administración”. Ed. Tecnos. Madrid. 1983.

DE LA CUÉTARA, Juan Miguel. En “Principios de Derecho Público Económico”. 2ª edición. Dirigido por Gaspar Ariño.

DE LA SERNA BILBAO, Mª Nieves. “La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios”. Ed. Civitas. 1995.

DE LA VALLINA VELARDE, J.L. “Régimen jurídico-administrativo del servicio telefónico”.

DE LEYSSAC, Claude Lucas; PARLEANI, Gilbert. “Droit du Marché”. Ed. Thémis. París. 2002.

DE MONTBRIAL, Thierry. “Le monde au tournant du siècle”. L’Entrée dans le XXI^e siècle. París. 1999.

DE VERGOTTINI, G. “La Constitución frente al progreso económico y social”. Revista Vasca de Administración Pública nº 33. 1992.

DEBACKERE, Marie-Claire. “Le développement de l’industrie pétrolière”. Institut Français du Pétrole. París. 1995.

DEL GUAYO, Íñigo. “El servicio público del gas”. Ed. Marcial Pons. 1992.

DERRY, T.K.: WILLIAMS, T.J. “A short history of technology”. Oxford University Press. 1960.

DESDENTADO DAROCA, Eva. “La crisis de identidad del Derecho administrativo. Privatización, huída de la regulación pública y Administraciones independientes”. Tirant la Blanch Alternativa. Valencia. 1999.

DEVOLUY, Michel. “Les Politiques Economiques Europeennes”. Inedit. Economía. Ediciones Le Seuil. París. 2004.

DÉVOLVE, Pierre. “Le Droit Administratif”, 3^{ème} édition. Editions Dalloz. 2002.

DÍEZ ESTELLA, Fernando. “Precios discriminatorios en el sector de las telecomunicaciones. (Comentario a la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 21 de enero de 1999, en el Asunto BT/Telefónica)”. Noticias de la CEE. Marzo/Abril 2000.

DÍEZ MORENO, Fernando. “Derecho de establecimiento y libre prestación de servicios”. XVIII Jornadas de Estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. 1995.

DÍEZ MORENO, Fernando. “Memoria de un Subsecretario (1996-2000)”. Edición no venal. Madrid. 2007.

Directrices sobre ayudas estatales en materia de protección del medio ambiente y energía, DO C 200 de 28.6.2014.

DOLADER I CLARA, Jordi. Artículo “Libera-polios y mono-lización”. *Expansión*. 25 de julio de 2001.

DOMINGO LÓPEZ, Enrique. “Régimen jurídico de las energías renovables y la cogeneración eléctrica”. Ministerio de Administraciones Públicas. Madrid. 2000.

DORÉ, Julia, “Negotiating the Energy Charter Treaty”. Walde, T.W. *The Energy Charter Treaty. An East-West gateway for investment & trade*. Ed. Kluwer. London. 1996.

DUBIER, Arnaud. Ramses 2008. Ifri..

EHLERMANN, C.D. “Quelles règles de fonctionnement pour le marché intérieur de l’énergie?”. *Revue de Marché Commun et de l’Union Européenne* nº 380. Julio-Agosto 1994.

Encíclicas Centesimus Annus (Capítulo V “Estado y Cultura”, punto 48), Divinis illius Magistri 36-38 AA22,1930; Quadragesimo Anno 80, 1931; y Rerum Novarum.

Energy Information Administration, *Financial Statistics of Major U.S. Investor-Owned Electric Utilities 1995*, DOE/EIA (Washington DC, Diciembre 1996);

Energy Information Administration: *The changing structure of the electric power industry: an update*. December 1997.

ERBAN, P. Obra colectiva “Organisation et régulation des systèmes électriques“. UNESCO. 1993.

EURELECTRIC. *A decade of work of the Group prospective of the EESI. Strategic outlook on energy and on positioning of the industry*. Sept. 1997.

EURELECTRIC. *Draft position paper on Stranded Cost recovery*. Mayo 1997.

FABRA UTRAY, Jorge. Artículo “Esto es un disparate”. El País. 17 de abril de 2001.

FARADAY, M. “Experimental researches in electricity”. Dover. Nueva York. 1965.

FEITO, José Luis. “Las raíces del sentimiento anticapitalista”. Expansión, 28 de mayo de 2001.

FERMÍN GARRALDA, José. “Europa y el retorno del principio de subsidiariedad”.

FERNÁNDEZ GARCÍA, M^a Yolanda. “Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en Red”.

FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel. “Reflexión preliminar. La regulación económica de los servicios públicos”. Miguel Angel Lasheras. Ariel Economía. 1999.

FERNÁNDEZ PLASENCIA, Santiago. “La apertura a la competencia en generación, en Competencia y sector eléctrico. Un nuevo régimen jurídico. Ed. Civitas. 1998.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Aspectos sociales de la nacionalización”. RAP nº 3. 1950.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. “Reflexiones sobre la empresa pública española”. La empresa pública española”. Estudios. Ed. IEF. Madrid. 1980.

FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, Miguel Ángel. “La Competencia”. Alianza Editorial. 2000.

FINON, D.; SERRATO, Gerardo. “La diversité des stratégies des entreprises électriques américaines face à la libéralisation du marché électrique”. Revue de l’Energie nº 513. Enero 2000.

FIQUET, Alain. “Le secteur électrique européen et le marché intérieur de l’énergie”. CJEG. Enero 1992.

FRISON-ROCHE, M.A. “Las diferentes definiciones de la Regulación en el trabajo las Industrias de Red. La Regulación para una mejor competencia”. Junio de 1998.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes. “La Comisión Nacional del Mercado de Valores”. Ed. Lex Nova. Valladolid. 1994.

GALÁN, Font. “Constitución económica y derecho de la competencia”. Ed. Tecnos. Madrid. 1987.

GARCÍA ALONSO, José María. “La Empresa en la Economía Mundial”, en el libro colectivo Economía Mundial, dirigido por Elvira Martínez Chacón. Ariel. 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo”. Ed. Civitas, Madrid, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “Problemas actuales del régimen local”. Ed. Civitas. 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Prólogo al libro de Jesús Trillo-Figueroa y F. de Borja López-Jurado sobre La Regulación del Sector Eléctrico. Ed. Civitas, 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Constitución como norma jurídica”. Ed. Civitas. Madrid. 1981.

GARCÍA DE LA INFANTA, José M^a. “Primeros pasos de la luz eléctrica en Madrid y otros acontecimientos”. Ed. Fondo Natural. Madrid. 1987.

GARCÍA LLOVER, E. “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”. RAP nº 131. 1993.

GARCÍA LLOVET. “Autoridades Administrativas independientes y Estado de Derecho”. RAP nº 131.

GARCÍA PELAYO, Manuel. “La Idea de la Política y otros escritos”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1983.

GARCÍA PELAYO, Manuel. “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”.

GARCÍA URETA, Agustín. “Procedimiento Administrativo y Derecho Comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992”. Instituto Básico de Administración Pública. 2002.

GARCÍA-PELAYO. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas en la Constitución”. Estudios Constitución Española 1978. Librería Pórtico. Zaragoza. 1979.

GARRIDO FALLA, F. “Tratado de Derecho Administrativo”, Vol. II.

GARRIDO LOPERA, J.M. “El servicio público de abastecimiento de agua a poblaciones”, *in totum*. Ed. INAP. 1973.

GAZIER, F.; CANNAC, Y. “Etude sur les AAI”. EDCE. 1983/1984 nº 34.

GERVET, B. ; MAYER, Renè, président de la haute Autorité de la CECA. Revue d’histoire de la deuxième guerre et conflits contemporaines, Vol 141. 1986.

GIANNINI, Massimo Severo. “El poder público. Estado y Administraciones Públicas”. Ed. Civitas. Madrid. 1991.

GILLINGHAM, J. “Solving the Ruhr problem. German heavy industry and the Schuman Plan”. Schwabe K (ed) 1950/51.

GIMENO FELIU, José María. “El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo”. Ed. Civitas. 1994.

GIMENO FELIU, José María. “La política energética comunitaria. El Tratado de la Carta de la Energía”. Abril 2002.

GIMENO FELIU, José María. “Reflexiones sobre el diseño de una política energética comunitaria”. Noticias de la Unión Europea nº 148. 1997; y su trabajo “La política energética comunitaria. El Tratado de la Carta de la Energía”. Abril de 2002.

GIMENO FELIU, José María. Derecho Administrativo. Parte Especial. Ed. Civitas. Madrid. 2001.

GLACHANT, J.M.; AHNER, N.; HAUTECLOCQUE, A. “EU Energy Law & Policy”. Year book 2011. Claeys & Casteels. 2011.

GLACHANT, J.M.; FINON, D; HAUTECLOCQUE, A. (Eds.). “Competition, Contracts and Electricity Markets : A new perspective”. 2011.

GLACHANT, J.M.; RUESTER, S. “The EU Internal Electricity market: Done forever?” EUI Working Paper. RSCAS. 2013/66.

GLASSER, Sam. “Deregulated industries, new technology gave rise to utility competition”. Energy in the News. 1996.

GOLDAM, Berthold; LYON-CAEN, Antoine. “Derecho Comercial Europeo”. Madrid. 1984.

GÓMEZ NAVARRO, José Luis. “Saltos de agua y presas de embalse”. Madrid. 1952.

GÓMEZ SAN ROMÁN, Tomás. “Mercados eléctricos y desarrollo sostenible”. Instituto de Investigación Tecnológica. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, 1999.

Gómez-Acebo & Pombo Abogados. “¿Cuánto costará la luz a partir del 1 de abril de 2014? Análisis del nuevo sistema de determinación de los precios de la energía aprobado por Real Decreto 216/2014”. Abril 2014.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael “El régimen general de los Centros Privados de Enseñanza”. RAP nº 70. 1973.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael. “El déficit de ingresos en el sector eléctrico”. REDA nº 162. Septiembre-diciembre 2003.

GÓMEZ-FERRER RINCÓN, Rafael. “La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico”. INAP (Instituto Nacional de Administración Pública). Marcial Pons. Madrid, 2003.

GÓMEZ-MENDOZA, Antonio. “Electra y el Estado”. Ed. Thomson-Civitas. 2007.

GONZÁLEZ ENCINAR, J.J. “Diccionario del Sistema político Español”.

GONZÁLEZ MORENO, Beatriz. “El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los Derechos Sociales”. Ed. Civitas, 2002.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “Los mercados de interés general: Telecomunicaciones y postales, energéticos y de transportes”. Ed. Comares. 2001.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “Los mercados de interés general. telecomunicaciones, servicios postales, energéticas y de transportes”. Ed. Comares. 2001.

GONZÁLEZ-VARAS, Santiago. “El Derecho Administrativo Europeo”. IAAP. Sevilla. 2003.

GUEDON, M.J. “Les AAI. LGDJ. Coll. Systèmes. 1991.

GUIBAL, J.C. ; COMMEAU-YANNOUSSIS, N. “Le marché unique et la politique énergétique”. Revue de Marché Commun nº 334. Febrero 1999.

GUILLEMOLES ALLA LAZAREVA, Alain. Gazprom. Le Nouvel Empire. Les

GUILLÉN CARAMES, Javier. “Derecho de la Competencia y Energía Eléctrica”. Ed. Civitas. Thomson-Reuters. 2009.

HANCHER, Leigh. "EC Electricity Law". European Practice Library. Chancery Law Publishing. London. 1992.

HANCHER, Leigh. "El Acta Única Europea ¿supondrá una diferencia para el mercado europeo de la electricidad?"

HANRETTY, Chris; KOOP, Christel. "Comparing regulatory agencies. Report on the results of a worldwide survey". European University Institute. Florence. 2009.

HAYEK, F.A. "Los fundamentos de la libertad".

HOBÉR, K. "The Energy Charter Treaty". Recent Developments. OGEL. 2007.

HOFMANN, R. "Privatisierung kommunaler Aufgaben". VBIBW. 1994.

HOGAN, William. "Electricity markets restructuring. Reforms of reforms". 2001.

HUERGO LORA, A. "Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas". Ed. Civitas. Madrid. 1998.

HUNDLEY Jr., Norris Hundley. "Water and the West: The Colorado River. Compact and the Politics of Water in the American West". Berkeley, 1975.

HUNTER, Tina. "The energy charter treaty as a means of developing national industry and commerce in the exploitation of petroleum resources".

HUNTINGTON, Samuel P. "El Choque de las civilizaciones ". Ed. Paidós. Buenos Aires. 1996.

IDOT, Laurence. Introducción al trabajo de Christophe Lemaire, "Énergie et concurrence". Presse Universitaires d'aix-marseille, Tome 1. 2003.

Informe de la AIE: Regulatory institutions in liberalised electricity markets. París, 2001.

Informe de la Comisión al Consejo relativo a la protección civil, el turismo y la energía, de 12.4.96.

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. COM (96) 92 final, de 15 de marzo de 1996, en seguimiento de la transposición de la Directiva 90/377/CEE.

Informe de la Comisión previsto en la Declaración nº 1 del TUE, relativa a la introducción de un Título relativo a Energía, Turismo y Protección Civil en el TCE. CONF 3838/96.

Informe Douglas de 1977, sobre materia fiscal en Europa: “Report of the Study Group on the Role of Public Finance in European Integration”.

Informe Padoa-Schioppa, sobre “Eficiencia, estabilidad y equidad: Estrategia para la evolución del sistema económico de la Comunidad Europea”. Luxemburgo, 1987.

Informe Sutherland: Mercado Interior después de 1992, de 26 de octubre de 1992.

Informes Colombo sobre un Proyecto de Constitución europea (PE Doc A3-165/190 A); M.Duverger (PE Doc A3-162/90); Giscard destinado exclusivamente a tratar la dimensión comunitaria del principio de subsidiariedad, calificado por este autor como “regla de oro del federalismo europeo”(PE Doc A3-163/90).

International Energy Agency (AIE). “Lessons from liberalised electricity markets”. 2005.

International Energy Agency (AIE). World Energy Outlook. 2001-2013.

IRTI, Natalino. “L’ordine giuridico del mercato”. Ed. Laterza. 2003.

JEFFREY, Williamson. “Globalization and Inequality Then and Now. The late 19th and late 20th, Centuries Compared”. NBER Working Paper No. 5491, Cambridge, Ma. National Bureau of Economic Research.

JENKINS Jr., Holman W. Artículo “First Yukos, then Georgia”. *The Wall Street Journal*, 13 de agosto de 2008.

JIMÉNEZ CISNEROS. “Los organismos autónomos en el Derecho público español. Tipología y régimen jurídico”. Madrid. 1987;

JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. “La globalización y los Estados nacionales”. *ABC*, 24 de julio de 2001.

JOHNSON, Paul Johnson. “Estados Unidos. La Historia”, págs. 618 y 619. Ediciones B. Argentina. 2001.

JONES, Christopher. “EU Energy Law. The internal energy market”. The third liberalisation package. Claeys & Casteels. 2010.

JOSKOW, Paul L. “Competitive electricity markets and investment in new generating capacity”. *The new Energy paradigm*, editado por Dieter Helm. Oxford University Press. 2007.

JOSKOW, Paul L.; KAHN, Edward. “A quantitative analysis of pricing behavior in California’s wholesale electricity market during summer 2000”. *The Energy Journal*”, Vol. 23, nº 4.

JOSKOW, Paul; SCHMALENSEE, Richard. “Markets for power. An analysis for electric utility deregulation”. MIT. Press. 1983.

KAHN, Alfred Kahn. “The economics of regulation. Principles and institutions”. New York. 1971.

KAPTEYN, P.J.C. “Community law and the principle of subsidiarity”. *RAE* nº 2. 1991.

KATZAROV, Konstantin. “Teoría de la nacionalización”. Instituto de Derecho Comparado. Universidad Nacional Autónoma de México. 1963.

KINDERMANN, F.W. "The Energy Policy of the European Community". Madrid. 1992.

KISSINGER, Henry. "Diplomacy ". Ed. Simon & Schuster. Nueva Cork, 1994.

KONEGER, Anne O. "Industrial Development and liberalization", incluido en la obra "Liberalization in the process of economic development", editada por Lawrence B. Krause y Kim Kihwan, University of California Press. 1991.

KOURCHID, Oliver. "Le charbon. évocation de quelques siècles sur les cinq continents", en *Énergie et Société*, en la obra dirigida por Pierre Bauby, Alain Beltran, Boris Berkovski, Marcel Locquin, Vicente López-Ibor Mayor y Stephen C. Mills.

LACOSTE, Yves. "Géopolitique", Larousse 2006.

LAVERGNE, A. "La forme coopérative des Nationalisations, les Nationalisations en France et à l'Etranger". París. 1948.

LAVILLA RUBIRA, Juan José. "La participación pública en el procedimiento de elaboración de los Reglamentos en los Estados Unidos de América". Ed. Civitas. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1991.

LEANZA, Umberto. "Attuazione dell'Atto Unico Europeo e completamento del mercato interno". *Profili giuridici. Rassegna Giuridica dell'Energia Elettrica* n° 1. 1989.

LEGUINA VILLA, Jesús. "Instalaciones de líneas eléctricas y precariedad administrativa". *RAP* n° 68. 1972

LEMEIRE, Christophe. *Energie et Concurrente*. Tomo I.

LÉVÊQUE, François. "Économie de la Réglementation". Le Decouverte. París. 1998.

Libro Verde sobre los Servicios de Interés General. 21.5.2003. COM (2003) 270 final.

LÓPEZ DE CASTRO, Lucía y ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Derecho de la Competencia en Sectores Regulados”. Fundación de Estudios de Regulación. Ed. Comares. Granada. 2001.

LÓPEZ PINA, Antonio. “Europa, un proyecto irrenunciable (La Constitución para Europa desde la teoría constitucional)”. Ed. Dykinson. 2004.

LÓPEZ PINA, Antonio. “La Constitución para Europa desde la teoría constitucional”. Ed. Dykinson. 2004.

LÓPEZ RAMÓN. “El Consejo de Seguridad Nuclear, un ejemplo de Administración independiente”. RAP nº 126. 1991.

LÓPEZ RODÓ, L. “Las empresas nacionalizadas en Inglaterra”. RAP nº 3. 1950.

LOPEZ-IBOR MAYOR Vicente. Seminario sobre la Competencia en el Sector Eléctrico Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza Fundación Endesa Grupo Consolidado de Investigación ADESTER (Administración, Economía, Sociedad y Territorio) Zaragoza, 25 de noviembre de 2008. Publicado en la Separata de la Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 34. 2009.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. “Apuntes sobre la liberalización eléctrica en Estados Unidos”. Revista Política Exterior, nº 63. 1998.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. “La Carta Europea de la Energía”. Noticias CEE nº 93. 1992.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente. “Política energética comunitaria. ¿Una nueva política común?”. Noticias de la Unión Europea nº 10. 1994.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente; GASCÓ, Carlos. “Energía y Sociedad”. Diario Expansión. 2004.

LÓPEZ-IBOR MAYOR, Vicente; SALINAS, Eduardo. Consideraciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Energía de España, titulado “Informe sobre las

reformas del Tratado de Ámsterdam y su incidencia en el sector de la energía”, aprobado por el Consejo de Administración de este Organismo el 3 de junio de 1999.

LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, Borja. Obra colectiva “La nueva regulación eléctrica”. Ed. Civitas. 2002.

LOUIS, Jean-Victor. “ Les services d'intérêt économique général et l'Union Européenne”. Ed. Bruylant. 2006.

LOVELOCK, James. “La Venganza de la Tierra”. Ed. Planeta. Barcelona, 2007,

MAC AVOY, P.W. “The crisis of Regulatory Commissions. An introduction to the current issue of public policy”. New York. W.W. Norton and Company, Inc. 1970.

MANIATOPOULOS, C. “L'énergie dans le marché intérieur européen” *Energie en Europe* n° 12.

MAÑAS, Pilar. “Privatizaciones de empresas públicas y Derecho comunitario”. *Revista de Administración Pública*, núm. 133. 1994.

MARSDEN, Christopher T. “Co-Regulation in European Media and Internal Sectors”. *MMR* 2005.

MARTÍN MATEO, R. “La liberalización de la economía”. Madrid. 1988.

MARTÍN MATEO, R. “Ordenación del sector público en España”. Ed. Civitas. Madrid. 1973.

MARTÍN MATEO, R.; SOSA WAGNER, F. “Derecho Administrativo Económico”, Ed. Pirámide. Madrid. 1974

MARTÍNEZ ESTERUELAS, Cruz. “La agonía del Estado”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 2000,

MARTÍNEZ LAGE, Santiago. “¿Órganos sectoriales de defensa de la competencia?”. *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1997, y *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y el Derecho de la Competencia*, en *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, 1998.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo “Energía Nuclear y Derecho”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1964.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. “Energía Nuclear y Derecho”. Instituto de Estudios Públicos. Madrid. 1962.

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Derecho Administrativo Económico I*. Ed. La Ley, Madrid. 1989.

MARTOS DE CASTRO, F. “Aportación para una historia de la industria del gas en España”. *Economía Industrial*. Madrid. 1972.

MATTERA, Alfonso. “Le marché unique européen. Ses règles, son fonctionnement”. Ed. Júpiter. París. 1988.

MATTINA, E. “Subsidiarité, démocratie et transparence”. *Revue du Marché Unique Européen*, núms. 2 y 4. 1992.

MAYOR MENÉNDEZ, Pablo; DÍAZ DE RÁBAGO, Pablo. “La Regulación de Internet. Poderes públicos y empresas”. Obra colectiva “Internet, una profecía”. Ariel. Madrid. 2002.

MENDOZA LOSANA, Ana Isabel. “Guía del inversor inteligente o bien asesorado a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo que confirma los recortes a las retribuciones de las instalaciones fotovoltaicas”. Nota sobre Gestión del Conocimiento del Despacho Gómez-Acebo & Pombo Abogados.

MÉRITET, S. “Convergence of electric power and natural gas utilities in the United States. Which lessons for Europe?”.

MEROÑO, Pedro. “¿Derecho versus Regulación?”. Seminario sobre el Sector Energético. Perspectivas jurídicas y económicas de la Regulación. Madrid, 3 y 4 de julio de 2002.

MEROÑO, Pedro. “El papel de la Comisión de la Energía en la regulación y defensa de la competencia en el sector”. Universidad San Pablo. 2001.

MERRIER, François-Xavier

MILOV, Vladimir. ”Le dialogue énergétique Union européenne-Russie . concurrence contre monopoles”. “Politique étrangère. La Russie enjeux internationaux et intérieurs ”, Institut français des relations internationales. Ifri. 2007.

MINC, Alain. www.capitalisme.fr. Bernard Grosset. París. 2000.

MONET, Jean. “Mémoires”. Ed. Fayard.

MOORE, Mark H. “Creating Public Value. Strategic management in Government” Cambridge, Mass.. Harvard University Press, 1995.

MOREAU DEFARGES, Philippe. “Droit et mondialisation”.

MORENO BLESÁ, Lidia. “Las relaciones exteriores de la Unión Europea en materia energética. Especial referencia a la Carta Europea de la Energía”. Noticias de la Unión Europea nº 234. 2004.

MORÍN, Edgar. “L’an I de l’ère écologique”. Tallandir. París, 2007.

MORIN, Edgar. “Une mondialisation plurielle”. Le Monde, 26 de marzo de.2002.

MUÑOZ MACHADO, Antonio. Obra colectiva dirigida por E. García de Enterría “Tratado de la Unión Europea”.

MUÑOZ MACHADO, S. “La Unión Europea y las mutaciones del Estado”.

MUÑOZ MACHADO, S. y BAÑO LEÓN, J.M. “La empresa en la Constitución Española”. Ed. Aranzadi. Pamplona. 1993.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Público y privado en el mercado europeo de la televisión”. Ed. Civitas. Madrid. 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. “Servicio público y mercado”. IV El sistema eléctrico. Ed. Civitas. Madrid. 1998.

NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar. “La Comisión Nacional de Energía”. Ed. Marcial Pons. 2008.

NAVARRO, P. “Ten questions for the Restructuring Regulator”. The Electricity Journal. 1996.

NEBOT LOZANO, José María. “Competencia y Servicio Público en la actividad eléctrica”. V Jornadas Jurídicas de UNESA. La Coruña. Abril 1997.

NEBRED A PÉREZ, Joaquín. “Distribución eléctrica. Concurrencia de disciplinas jurídicas”. Ed. Cívitas. 1999.

NEBRED A PÉREZ, Joaquín. “El régimen especial de producción eléctrica”, en el libro colectivo Derecho de la regulación económica. Ed. Iustel, dirigido por Santiago Muñoz Machado, Vol. 3, Tomo 1. 2010 (Sector energético).

NEUMANN, Peter. “La Administración reguladora de la Economía”. Estudios Administrativos. Madrid. 1967.

NORENG, O. “El poder del petróleo”. Ed. El Ateneo. Buenos Aires. 2003.

OFFE, Claus. “Contradictions of the Welfare State”. 1984.

OFFE, Claus. “Partidos políticos y movimientos sociales”. Ed. Sistema. Col. Politeia. 1992.

ORSENNA, Eric. “Un monde de ressources rares”. Perrir, Descartes & Cie. París 2007

ORTIS, Alessando. “La impresa elettriche europeee”. Revista Tempo Presente nº 91-92. 1988.

OSBORNE, D.; GAEBLER, T. “Reinventing Government. How the Entrepreneurial spirit is transforming the public sector”. Addison-Wesley, Reading-MASS. 1992.

OYSTEIN, Noreg. “El poder del petróleo”. Ed. El Ateneo. Buenos Aires, 2003.

PALZER, Carmen. “Co-regulation of the Media in Europe. European provisions for the Establishment of co-regulation frameworks”. IRIS pub. 6/2002.

PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Las Administraciones independientes”.

PAREJO. “La potestad normativa de las llamadas administraciones independientes. Apunte para un estudio al fenómeno”. Obra colectiva en homenaje al Profesor Clavero Arévalo, titulada La Administración instrumental, Vol. I. 1994.

PARENTE, Alessio. “Principios de Derecho Europeo de la Energía”. Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters. 2010.

PÉREZ ANTÚNEZ, L.M. Comentario realizado en el Dictionnaire juridique des Communautés européennes, dirigido por Ami Barar y Christian Philip. Presses Universitaires de France. 1993.

PÉREZ ARGOS, B. “Los cuatro pilares fundamentales del orden social y económico según la doctrina social de la Iglesia”. Verbo nº 2. Marzo-abril 1991.

PETITBÓ, Amadeo. “Actualidad de la defensa de la competencia en España en los tiempos de Internet”. Obra colectiva dirigida por J.Mª Beneyto, El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia. Ed. Bosch. 2002.

PHILLIPS Jr, Charles F. “The regulations of Public Utilities – Theory and Practice”. Third Edition. Virginia. EE.UU. 1993.

PIERCE, Richard J.; GELLHORN, Ernest, “Regulated Industries”. West Group St. Paul. Minn. 1999.

PLASENCIA, Félix. “Riesgo regulatorio y Energías Renovables”. Obra colectiva Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014. Ed. Civitas.

POIDEVIN, Raymond. “Robert Schuman, homme d’État 1886-1963”. París. 1986.

POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto. “Fundamento y naturaleza jurídica de las Administraciones Independientes”. RAP nº 132. 1993.

PRIDDEL, Robert. En la presentación de la publicación de la OCDE (Agencia Internacional de la Energía) “Regulatory Institutions in liberalised electricity markets”. París, 2001.

Primer Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre la Directiva de la electricidad (DOCE C 73, de 15 de marzo de 1993).

Primer Dictamen del Parlamento Europeo (DOCE C 329, de 6 de diciembre de 1993), sobre la Directiva de mercado interior de la electricidad.

Proceedings of the 20th USAEE/IAEE North American Conference. Orlando. Sep. 1999.

PUERTA DOMÍNGUEZ, Enrique Manuel. “La Directiva comunitaria como norma aplicable en Derecho”. Ed. Comares. Granada. 1999.

PUREZA, José Manuel. “Camino de paz en tiempos de globalización”. Sevilla. Octubre 1999.

QUESADA LUMBRERAS, Javier E. “Tres décadas de protección jurisdiccional de la confianza legítima: balance y perspectivas”. Ed. Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo, nº 146. Abril-junio 2010.

RABAULT, Hughes. “La constitution économique de la France”. *Revue Française de Droit Constitutionnel* 44. 2000.

RACHMAN, Gideon. “The World has two energy crisis but not real answers”. Artículo publicado en el *Financial Times*. 10 de julio de 2007.

RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. “Reflexiones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes. Obra colectiva en homenaje al Profesor Clavero Arévalo, titulada *La Administración instrumental*, Vol. I.

RAPP, L. “La politique de liberalisation des services en Europe, entre service publique et service universal”. *Revue du Marché Commun et de l’Union Européenne* nº 389. Junio-Julio 1995.

REICH, Norbert. “Mercado y Derecho”, traducción española. Ariel. Barcelona. 1985.

RIFKIN, Jeremy. “L’Economie hydrogéné”. Editions La Découverte. París. 2002.

RIVERA BROOKS, Nancy; ROCCARDI, Nicholas. “Power Exchange Marketplace to Close”. *LA Times*, 20 de enero de 2001.

RIVERO, Pedro. “Reflexiones sobre el mercado eléctrico europeo”. Libro colectivo *El sector eléctrico del año 2000*. Ed. Civitas. Madrid. 1995.

RIVERO, Pedro. “Seguridad del suministro”, en la obra colectiva “La nueva regulación eléctrica”. Ed. Civitas. 2002.

RODANNE, P. “Énergies de ton Siècle”. Edition Lignes de Repêres. París. 2007.

RODRIGUEZ ARANA, “Sobre el principio de subsidiaridad”, *Noticias de la Unión Europea* núm. 110. 1994

RODRÍGUEZ ARANA, J. “La privatización de la empresa pública”. Ed. Montecorvo. Madrid. 1991.

RODRIK, Dani. “Has globalization gone too far”. Institute for international economics”, Washington, 1997.

ROSANVALLON, Pierre. “Les nouveaux territoires de l’Etat-Providence”, en el libro, Raymond Aron et la démocratie du XXIème siècle. Actes du colloque international. París, 11-12 de marzo de 2005. Editions de Fallois. Paris. 2007.

ROSELL, Juan. “¿Y después del petróleo qué? Luces y sombras del futuro energético mundial”. Ediciones Deusto, 2007.

ROSS, Michael L. “Blood barrels”. Revista Foreign Affairs, Mayo-Junio 2008.

RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso. “El Juez nacional como juez comunitario”. Madrid. 1993.

SABLIÈRE, Pierre. “Y a-t-il un Droit de l’Electricité?”. Cahiers juridiques de l’électricité et du gaz n° 50. Enero 1990.

SABOWIN, P. “Les autorités administratives indépendantes. Une catégorie nouvelle”. AJDA. 1983.

SALA ARQUER, J.M. “El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes”. REDA n° 42. 1984.

SALA ARQUER, J.M. “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”. Cuadernos Civitas. 2000.

SALA ARQUER, J.M. “La liberalización del monopolio de petróleos en España”. Madrid. 1995.

SALAS HERNÁNDEZ, Javier. “Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica”. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1977.

SALINAS ADELANTADO, Carlos. “Desregulación y neoregulación en el Mercado de Valores”.

SALMADOR SEGURA, Juan. “El precio de mercado en la retribución de la actividad de generación de energía eléctrica. Algunos supuestos y componentes ajenos al mercado que inciden en la retribución”. La nueva regulación eléctrica. Obra Colectiva. Civitas, 2002.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. “Los principios cristianos del orden político”. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1962.

SANTAMARÍA, J. “El petróleo en España, del monopolio a la libertad”. Ed. Espasa Calpe. Madrid. 1988.

SANTOS, V. Libro colectivo “El desarrollo de la Constitución española”. Zaragoza. 1982.

SAVAS, E. S. “Privatization Public and Private Partnerships”. Chatham house Publisher. New York. 2000.

SCHWARTZ, Jordan A. “The New Dealers: Power Politics in the age of Roosevelt”. Nueva York. 1993.

SCOTT Joanne. “Flexibility, ‘Proceduralization’ and Environmental Governance”. Libro Constitutional Change in the EU. Hart Publishing.

Second Report titulado Consequences of Electricity Privatisation. Volumen I, del House of Commons (Session 1991–98), de 26 de febrero de 1992.

Segundo Dictamen del Parlamento Europeo de 28 de abril de 1994 (DOCE C 195, de 18 de julio de 1994) sobre la Directiva de mercado interior de la electricidad.

SERRA, Fernando. “Globalización o Pobreza”, dentro del libro coordinado por el mismo autor bajo el título “La Globalización “.Fundación para el análisis y los estudios sociales. Papeles de la Fundación, nº 71, 2002.

SERRANO GONZÁLEZ, Marina. “La Comisión Nacional de Energía. Regulación y Competencia en el sector eléctrico”. Ed. Civitas. 1999.

SIERRA LÓPEZ, José. “La Energía y las Políticas Europeas. Su Repercusión en España”. Documento de trabajo de Energía Real Instituto Elcano. 2008.

SIERRA LÓPEZ, José. “Últimos avances legislativos y aspectos claves a considerar de la Directiva europea del gas sobre el mercado único del gas, y su impacto sobre el mercado gasista español”. Madrid. Diciembre de 1998.

SINTES OLIVES, F.; VIDAL BURDILS, F. “La industria eléctrica en España”, Vol. I, Cap. XI. Ed. Montaner y Simón. Barcelona, 1933.

SMIL, Vaclar. “Energías. Drakontós Crítica. Massachussetts Institute of Technology. 1999.

SMIL, Vaclar. “Energy at the Crossroads”.

SOLER TAPPA, Eduardo. “Derecho de la Energía”. Dictámenes de la Abogacía del Estado del Ministerio de Industria. Comentarios. Ed. Thomson-Civitas. 2008.

SOLER TAPPA, Eduardo. “Derechos adquiridos, expectativas legítimas y retroactividad de las normas que alteran o modifican derechos económicos reconocidos”. Diario La Ley nº 7259.

SORIANO, J.E. “Reglamentos y Directivas en la jurisprudencia comunitaria”. Ed. Tecnos. 2ª edición. 1988.

STOFFAES, Christian. “Entre Monopole et Concurrence”. Editions P.A.V. París. 1994.

STOFFAËS, Christian. “Services publics, question d’avenir ”. Editions Odile Jacob. París. 1995.

SYROFA, Jean. “Service public de l’électricité. faux débats et vrais enjeux”. Artículo publicado en Le Monde Economie.

TALUS, Kim. “EU Energy Law and Policy. A critical account”. Oxford. 2013.

TAMAMES, Ramón. “Estructura económica de España”. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid. 1960.

TEITGEN-COLLY, C. “Les autorités administratives indépendentes. Histoire d’une institution”, en Colliard C.A.

TERMES, Rafael. Director del “Libro Blanco sobre el Papel del Estado en la Economía”. 1996.

TICKELL Crispin, prólogo al libro de James Lovelock. “La Venganza de la Tierra”.

TIMSIT, G. Les autorités administratives indépendentes. Press Universitaires de France. París. 1988.

TORNOS, Joaquín. “Las autoridades de Regulación de lo Audiovisual”. Ed. Marcial Pons y Consell de l’Audiovisual de Catalunya. 1995.

Trabajo del Grupo Jurídico de Eurelectric (1994): Un ensayo de delimitación: servicio público, servicio de interés económico general, servicio universal.

TRADACETE CÓCERA, Ángel. “La aplicación de la competencia al sector de la energía”. Madrid. Mayo 2001.

Tratado CECA.

Tratado de París, Anexo II.

TRIGO, Joaquín Trigo. “Privatizaciones en España”. 26 de febrero de.2004.

TRILLO-FIGUEROA, Jesús. “Liberalización eléctrica en España. Aspectos básicos de su regulación”. V Jornadas Jurídicas de UNESA. La Coruña. Abril 1997.

TRILLO-FIGUEROA, Jesús; LÓPEZ-JURADO, Francisco Borja. “La regulación del sector eléctrico”. Ed. Civitas. Madrid. 1996.

TRONCOSO REIGADA, Antonio. “Dogmática administrativa y Derecho Constitucional. El caso del servicio público”. Revista Española de Derecho Constitucional nº 57. Septiembre–Diciembre 1999.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. “La Integración Europea”. Ed. Tecnos. 1999.

U.S. Securities and Exchange Commission, Financial and Corporate Report: Holding Companies Exempt from the Public Utility Holding Company Act of 1935 as of August 1, 1995 (Washington DC).

UNDA, Juan Ignacio Unda. “Costes de transición a la competencia. La realidad de la recuperación”. Universidad del País Vasco. 2006.

VASCONCELOS, Jorge. “O Estado regulador”. Conferencias ERSE. Lisboa. 2000.

VELARDE, Juan. Prólogo en el libro de Juan Avilés Trigueros “La Energía en la España del Siglo XXI. 2000-2025”. Instituto de Estudios Económicos. 2001.

VELÁZQUEZ ELIZARRARÁS, J. Carlos. “El nuevo derecho internacional de la energía”.

VERDERA I TUELLS. “La privatización de las empresas públicas en el ámbito de la Defensa y otros estudios jurídico–militares”. Ministerio de Defensa. Marzo 2000.

VERDÚ, Lucas. “Nueva Enciclopedia Jurídica”, término “Estado”.

VERDÚ, Lucas. “Las transformaciones sociales del Derecho político actual”. Publicaciones del Real Colegio Español de Bolonia. Barcelona 1985.

VERHOEVEN, P. “Privatisation and EC Law. Is the European Commission neutral with respect to public versus private ownership of companies”. International and Comparative Law Quarterly, Vol. 45. October 1996.

VICKERS, John; YARROW, George. "Privatization. An economic analysis". MIT. Press. 1988.

VICTOR, Jean-Cristophe. "Le Dessous des Cartes". Atlas Geopolitique. Arte Editions. París, 2006.

VILLAR EZCURRA, José Luis. "Servicio Público y Técnicas de Conexión". Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1980.

VILLAR ROJAS, F.J. "La privatización de los servicios públicos. La experiencia española a la luz del modelo británico". Ed. Tecnos. Madrid. 1992.

VON FLINKOWSTROEN, C. "Historia de la técnica". Labor. Barcelona. 1965.

WADE, Sir William; FORSYTH. C. Administrative Law. Fifth Edition. Oxford. 2000.

WAETERLOOS, S. "Une Charté européenne de l'énergie, pour quoi faire?". Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne n° 348. 1991.

WILSON, J. "Merger Policy Guidelines for the Electric Power Industry". The Electricity Journal. Enero/febrero 1996.

WINSTON, Clifford. "Privatización, regulación y ¿competencia?". Edición de Germà Bel i Queralt. Ed. Civitas. 1996.

WOLAK, Frank A. "What went wrong with California's re-structured electricity market?". 2001.

ZAPATER DUQUE, Esther. "La Unión Europea y la cooperación energética internacional". Ed. Dykinson. Madrid. 2002.